

UNIVERSITÉ DE PARIS — FACULTÉ DE DROIT

De l'Exécution en nature des Contrats

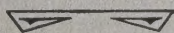
THÈSE POUR LE DOCTORAT

Présentée et soutenue le 23 Mai 1936, à 14 heures.

PAR

ROBERT DRAGU

PRÉSIDENT : M. NIBOYET, Professeur.
SUFFRAGANTS : M. ESCARRA, Professeur.
M. AMIAUD, Professeur.



PARIS
LES ÉDITIONS DOMAT-MONTCHRESTIEN
F. LOVITON & Cie
160, RUE SAINT-JACQUES

—
1936

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

De l'Exécution
en nature des Contrats



Digitized by the Internet Archive
in 2026

UNIVERSITÉ DE PARIS — FACULTÉ DE DROIT

De l'Exécution en nature des Contrats

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Présentée et soutenue le 23 Mai 1936, à 14 heures.

PAR

ROBERT DRAGU

PRÉSIDENT : M. NIBOYET, Professeur.
SUFFRAGANTS : M. ESCARRA, Professeur.
M. AMIAUD, Professeur.

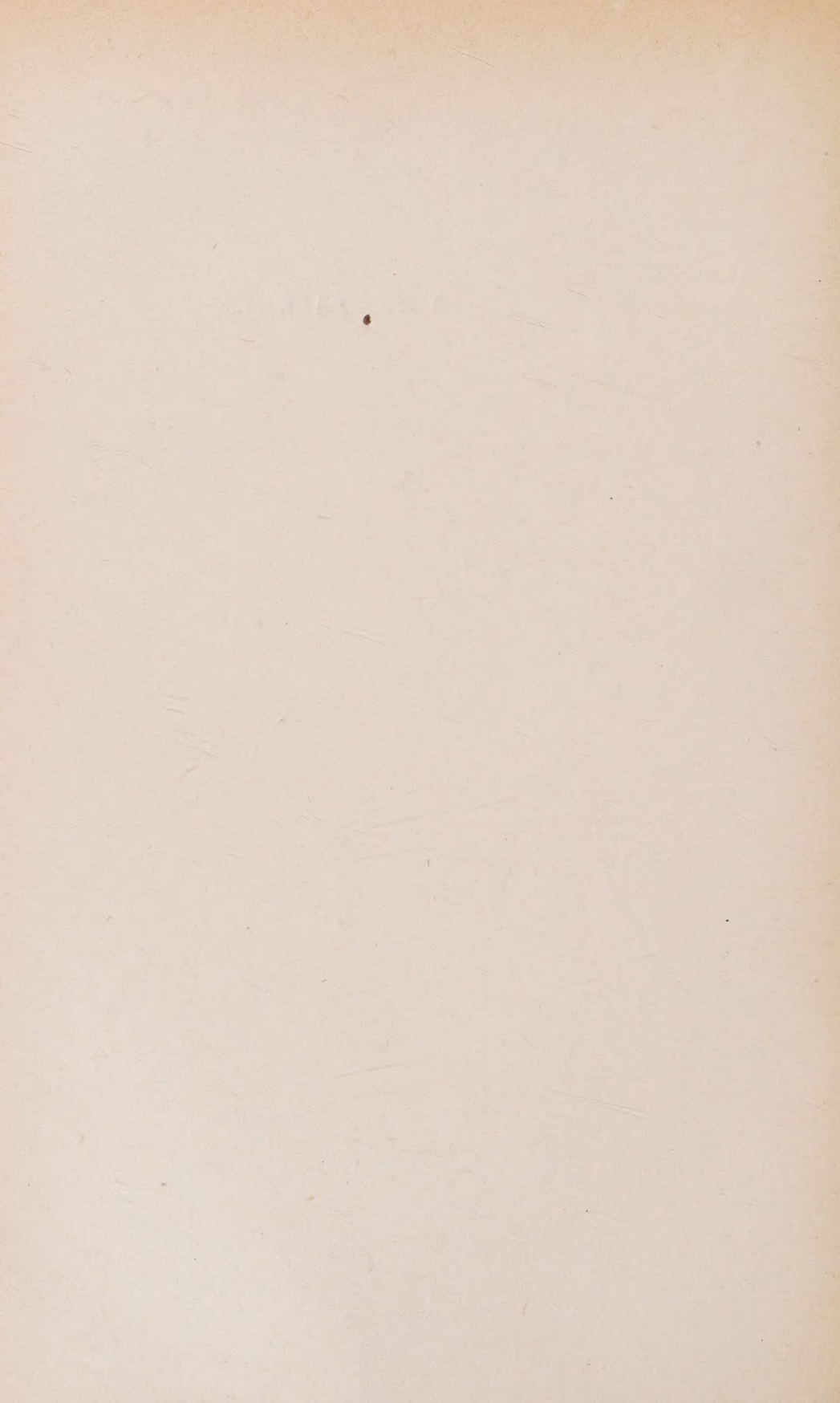


PARIS
LES ÉDITIONS DOMAT-MONTCHRESTIEN
F. LOVITON & Cie
160, RUE SAINT-JACQUES

—
1936



A MES PARENTS



BIBLIOGRAPHIE

I. — OUVRAGES GÉNÉRAUX.

- AUBRY et RAU : Cours de Droit Civil Français. T. 4 (1902).
BATBIÉ : Droit Public et Administratif. 2^e édition. T. 7.
BAUDRY-LACANTINERIE et BARDE : Des Obligations (1907-1908) t. 1.
COLIN et CAPITANT : Cours élémentaire de Droit Civil Français. (1932) t. 2.
DEMOLOMBE : Cour de Code Napoléon (1845-1882) t. 24.
DEMOGUE : Traité des Obligations en général. T. 4 (1924) ; t. 6 (1932).
DEMOGUE : Les notions fondamentales du Droit Privé (1911).
DURANTON : Cours de Droit Français (1844). T. 10.
FENET : Travaux préparatoires du Code Civil. T. 13.
FLINIAUX : Cours de Droit Romain. T. 1 (1932-1933).
GARSONNET et BRU : Traité théorique et pratique de Procédure Civile et Commerciale (1925) t. 4.
GIRARD : Manuel élémentaire de Droit Romain (1929).
HUC : Commentaire théorique et pratique des Obligations (1842-1900) t. 7.
JHERING : Esprit du Droit Romain dans les diverses phases de son développement. Traduction MEULANAËRE. T. 1, t. 3.
JOSSEMERAND : Cours de Droit Civil Positif. (1930). T. 2.
LAROMBIÈRE : Traité théorique et pratique du Code Civil. (1885) T. 1.
LAURENT : Principes de Droit Civil Français. (1869-1877) T. 16.
LOCRE : La Législation Civile, Commerciale, Criminelle de la France. T. 12, t. 14.
LYON-CAEN et RENAULT : Traité de Droit Commercial ; 5^e éd. t. 3.
MARCADE : Explication théorique et pratique du Code Napoléon (1866-1884) t. 4.
PLANIOL et RIPERT : Traité élémentaire de Droit Civil. T. 2 (1932).
PLANIOL et RIPERT : Traité pratique de Droit Civil Français. T. 7. (1931) par : Esmein, Radouant et Gabolde. T. 10 par : Hamel et Perreau.
POTHIER : Traité des Obligations. T. 2 (1848).
: Traité du contrat de Louage. Ed. Bugnet, t. 4 (1847).
: Traité du contrat de Vente. Ed. Bugnet. T. 3 (1847).

- RIPERT (G.) : Le régime Démocratique et le Droit Civil Moderne (1936).
- ROGUIN : La Règle de Droit (1889).
- SCHNEIDER et FICK : Commentaire du Code Fédéral des Obligations du 30 mars 1911. 2 vol. (1915-1916).
- SALEILLES : Etude sur la Théorie générale de l'Obligation d'après le premier Projet de Code Civil pour l'Empire Allemand. 3^e éd. 1914 ; tirage 1925.
- STUART-MILL : La Liberté,
- TOULLIER : Droit Civil Français suivant l'ordre du Code. 6^e éd. (1844-1848) t. 6.

II. — OUVRAGES SPÉCIAUX ; THÈSES.

- BARDA : De la « specific performance » ou exécution in specie des contrats en Droit Anglais comparé. Thèse, Paris 1928.
- BÉDARRIDE : Des chemins de fer au point de vue du transport des voyageurs et des marchandises. T. 2 (1891).
- BERRYER : Des Astreintes. Thèse, Paris 1903.
- BOULANGER : La promesse de porte-fort et les contrats pour autrui. Thèse, Caen 1933.
- BRÉTILLARD : Le pacte de préférence. Thèse, Paris 1929.
- BUTTENBACH : Les contrats par porte-fort et les déclarations de command. en Droit Civil et en Droit Fiscal (1935).
- CASSIN : Cours de Droit Civil approfondi ; L'inexécution des contrats et ses suites (1934-1935).
- D'AUTRICHE : La promesse unilatérale de Vente en Droit Français. Thèse, Paris 1930.
- DESCHAMPS : De la promesse de contrat. Thèse, Paris 1914.
- DUBOIS : Du Laissé pour Compte. Thèse, Bordeaux 1912.
- FOISSIN : De la promesse de Vente. Thèse, Toulouse 1924.
- GÉNICON : De la règle « Nemo praecise potest cogi ad factum ». Thèse, Bordeaux. 1910.
- GLEIZES : Les Astreintes. Thèse Montpellier, 1935.
- HUGUENY : L'idée de peine privée en Droit contemporain. Thèse, Dijon. 1904.
- JOSSEFAND : Les Transports en service intérieur et en service international (1926).
- LAMY : Manuel pratique des Transports.
- LERAY : L'arbitrage et la loi nouvelle sur la Clause Compromissoire (1927).
- MARVILLE : De L'exécution forcée des Obligations de Faire et de ne Pas Faire. Thèse, Rennes 1931.
- MASSIN : De l'exécution forcée des Obligations de Faire et de ne Pas Faire. Thèse, Paris. 1893.
- MATULESCO : De la promesse de Société dans les Sociétés de personnes. Thèse, Paris. 1923.

- MÉIGNE : Responsabilité et Contrat. Thèse, Lille. 1924.
MEYNIAL : La sanction civile des obligations de Faire ou de ne Pas Faire. (1887).
MINOTTE : Sanction des obligations de ne Pas Faire. Thèse, Paris, 1913.
PURICESCO : Des Astreintes. Thèse, Paris. 1914.
RIPERT (Lucienne) : De la réparation du préjudice dans la responsabilité délictuelle. Thèse, Paris. 1933.
ROGER : Nouveau manuel juridique des Transports. T. 1 (1932).
SOULMAGNON : Les Astreintes Légales. Thèse, Poitiers. 1925.
THIRION : Le bail avec promesse de vente. Thèse, Caen, 1930.
TURLAN : Les Astreintes. Thèse, Toulouse. 1925.
VERNÉREY : De la Jurisprudence en matière d'Astreintes. Thèse, Dijon. 1904.
WEBER : Etude critique et comparaison de l'exécution forcée en Droit Français et Droit Allemand. Thèse. Paris. 1899.

III. — REVUES ; ARTICLES.

- CORNIL : Obligatio, Solutio, Satisfactio en Droit Romain. *Revue d'Histoire du Droit*. 1923. P. 461.
DEMOGUE : De la nature et des effets du droit éventuel. *Revue trimestrielle de Droit Civil*. 1906. P. 231
ESMEIN : L'origine et la logique de la Jurisprudence en matière d'Astreintes. *Revue trimestrielle de Droit Civil*. 1903. T. 2.
LALOU : Les pactes de préférence. D. H. 1929. *Chronique* p. 44.
MOREL : Clause compromissaire. *Revue critique de Législation et Jurisprudence*. 1926. P. 525.
WIGNY : Responsabilité contractuelle et Force majeure. *Revue trimestrielle de Droit Civil*. 1935. P. 19.
-

ABRÉVIATIONS

- B. A. : Bulletin annoté des chemins de fer en exploitation.
B. T. : Bulletin des transports.
D. H. : Dalloz. Recueil hebdomadaire de Jurisprudence.
D. P. : Dalloz. Recueil périodique et critique de Jurisprudence, de Législation et de Doctrine.
Gaz. Pal. : La Gazette du Palais.
Gaz. Trib. : Recueil de la Gazette des Tribunaux.
J. G. : Dalloz. Répertoire pratique de Législation, Doctrine et de Jurisprudence.
J. A. B. : Journal des arrêts de la Cour d'Appel de Bordeaux.
Journ. Soc. : Journal des sociétés civiles et commerciales.
Journ. Trib. Com. : Journal des Tribunaux de Commerce.
P. B. : Pasirisie Belge. Recueil général de la Jurisprudence des Cours et Tribunaux de Belgique.
P. F. : Pandectes Françaises périodiques.
Rev. crit. de Legis. et Jur. : Revue critique de Législation et de Jurisprudence.
Rev. d'Hist. du Dr. : Revue d'Histoire du Droit (*Revue hollandaise*).
Rev. trim. Dr. Civ. : Revue trimestrielle de Droit Civil.
S. : Recueil général des lois et arrêts. J. B. Sirey.
-

INTRODUCTION

Le contrat qui découle de l'accord de volonté des parties devrait être à l'abri de toute contestation. Or, si tel est l'idéal, il n'en est rien en pratique... En effet, peu de temps après la conclusion du contrat, l'accord de volonté qui devait continuer à être parfait, ne l'est plus. Pour des raisons intérieures ou extérieures au contrat, la volonté des contractants va changer au moment de l'exécution ; l'un trouve le prix trop élevé, l'autre pas assez ; l'un juge que le contrat ne présente plus d'utilité pour lui, l'autre que l'exécution devient une charge qui pourrait compromettre sa solvabilité ; et les difficultés de ce genre sont innombrables. Ainsi se dressent l'un devant l'autre, le créancier et le débiteur, dont les intérêts contraires vont se heurter, ce qui bientôt amène une division dans les classes sociales : la classe des créanciers, et la classe des débiteurs.

A qui donner raison ? A celui qui a pour lui la lettre du contrat. Il n'est pas inutile de rappeler des vérités élémentaires et dire que le respect de la parole donnée n'est pas un vain mot, qu'il est à la base de la vie sociale, qu'il est le fondement de la sécurité, et que rien ne peut être entrepris, sans cette idée de sécurité. Cela est d'autant plus vrai qu'à l'heure actuelle, cet esprit de rupture des engagements, est en train de devenir un usage courant et de pénétrer dans toutes les branches du Droit.

Nous nous proposons dans cet ouvrage de démontrer que toutes les fois qu'une personne ayant contracté un engagement, ne le respecte pas, elle peut être forcée à l'exécuter suivant la teneur du contrat. Cela semblerait chose toute naturelle, si le Code Civil n'avait pas rendu la question compliquée, en inscrivant dans son article 1142, que les obligations de faire ou de ne pas faire, ne donnent lieu, en cas d'inexécution, qu'à une condamnation à des dommages-intérêts, ce qui implicitement serait la reconnaissance du droit concernant les obligations de donner, de contrainte à l'exécution directe. Les obligations consistant en un fait ou une abstention, étant de nos jours de beaucoup plus nombreuses, le texte de l'article 1142 aurait ainsi tendance à devenir règle générale. Et cette position serait d'autant plus dangereuse, que sur le terrain législatif, la question de la responsabilité contractuelle reçoit, pour des raisons dites de nécessité économique, d'importantes atteintes dans ses principes fondamentaux.

L'article 1142 doit être interprété, car, le prendre tel quel, ce serait permettre au débiteur de ne pas remplir son engagement, ce qui serait d'ailleurs aller à l'encontre de l'esprit de la loi elle-même, qui veut dans l'article 1134, que la convention fasse la loi des parties. Or, la loi est méprisée si l'une des parties a le droit de substituer par sa seule volonté de l'argent à ce qui a été compris dans le contrat. Seule l'exécution de l'objet même du contrat apporte une satisfaction complète au créancier ; les dommages-intérêts, tout en étant un équivalent, ne le sont que d'une manière assez imparfaite, l'argent, dans bien des cas ne pouvant procurer exactement ce qui avait été stipulé.

Nous adoptons donc le principe suivant : faute d'exécution volontaire, le créancier a le droit d'exiger l'exécution forcée directe, par le débiteur lui-même ; si elle n'est pas possible, on procèdera à l'exécution, conformément aux articles 1143 et 1144 du Code Civil, par remplacement du débiteur, ce que nous appellerons l'exécution en nature, et finalement, si ni l'une ni l'autre n'est possible, on fera intervenir l'exécution par équivalent, c'est-à-dire la condamnation à des dommages-intérêts.

C'est au juge qu'il appartiendra d'examiner dans chaque cas quelle est la solution la plus adéquate, tout en tenant compte qu'il doit se rapprocher de celle offrant au créancier une satisfaction aussi exacte que possible. Nous sommes donc partisans des larges pouvoirs d'appréciation à accorder au juge, non dans l'intérêt du débiteur, mais dans le sens de l'affermissement des liens contractuels qui, malheureusement, tendent de plus en plus à se relâcher (1).

Le juge arrivera-t-il à renverser la règle de l'article 1142 ? C'est ce que nous verrons par la suite.

Dans une *Première Partie*, nous exposerons le Principe : son historique, la doctrine, un aperçu rapide du droit comparé, et les effets du principe.

Dans une *Deuxième Partie*, nous examinerons les applications du Principe : l'exécution forcée directe, l'exécution en nature, et en dernier lieu, l'exécution en nature dérivée.

(1) Voir Ripert : Le Régime Démocratique et le Droit Civil Moderne, p. 133 et 156.

PREMIERE PARTIE

Le Principe

CHAPITRE UNIQUE

SECTION I

Aperçu historique de l'exécution des obligations contractuelles.

Forcer dans les obligations conventionnelles d'exécuter ce qui a été promis ; s'efforcer dans les obligations délictuelles de réparer le plus parfaitement possible ce qui a été endommagé, afin d'arriver à un rétablissement des choses telles qu'elles se trouvaient avant l'acte, c'est là un problème qui de tous temps préoccupa les législations.

A. — *Droit Romain.* — Dans l'Antiquité, arrêtons-nous à Rome qui fut la patrie du Droit. Nous assistons à l'évolution lente mais solide des notions juridiques qui, de leur brutalité originaire, se sont élevées à la perfection même, si l'on songe que depuis, beaucoup parmi les institutions du droit moderne ne peuvent se passer des principes romains. Il est donc permis d'examiner dans ce droit évolué les deux aspects que revêt la question de l'exécution des contrats : l'objet de l'exécution et les moyens techniques pour assurer cette exécution.

En Droit Romain, l'exécution *ad ipsam rem*, se perd dans le très ancien droit pour être retrouvée dans le droit du Bas-Empire, ayant subi entre temps une crise de plusieurs siècles. En effet, aussi bien sous la procédure des *Legis Actiones* où la *manus injectio* moyen général d'exécution, exigeait une créance d'argent, que sous la procédure formulaire dominée par le grand principe des condamnations pécuniaires (1), l'exécution des obligations ne vise que l'argent, dont la force semble-t-il est considérable. Seules les actions arbitraires, dont le domaine est restreint, permettent, grâce à une tournure spéciale de la formule, d'obtenir la chose même ayant fait l'objet du contrat (2). Mais ici aussi, on n'échappe pas au principe des condamnations pécuniaires qui domine tout le droit classique, car l'objet principal de la condamnation, ce sont toujours les dommages-intérêts, l'exécution de l'objet même n'étant qu'une faculté de libération pour le défendeur. C'est pour cela qu'il ne faut pas s'étonner de voir si bien bâtie la théorie des dommages-intérêts qui sert de fondement à celle du droit moderne. Avec Justinien le Droit Romain connaît la condamnation portant sur la chose même, et cela dans une modeste mesure (3). Avec la modification de la procédure sous Dioclétien dans le sens de l'élargissement des pouvoirs du magistrat, ce dernier peut condamner, toutes les fois que cela était possible, *ad ipsam rem* (4). Comme une survivance du droit classique, les parties ont toujours le

(1) Gaius, 4.48 : *Omnium autem formularum quae condemnationem habent, ad pecuniariam aestimationem concepta est.*

(2) Girard : *Droit Romain*, p. 1.087.

(3) Cornil : *Rev. d'Hist. du Droit*, 1923, p. 462.

(4) Massin : *De l'exécution forcée*, p. 219.

droit d'évaluer en argent les conséquences de l'inexécution ; c'est la stipulatio poenae, dont Justinien recommande l'emploi dans les obligations de faire et de ne pas faire. (Inst. 3.15. De Verborum obligatione, 7.) (1). Ce qui facilitera ainsi la tâche du juge dans la taxation du préjudice éprouvé.

Quant aux moyens techniques pour assurer l'exécution des obligations, nous retrouvons en premier lieu l'exécution sur la personne qui, sous la procédure des Legis Actiones, donnait aux créanciers le droit de mise à mort ou de réduction en servitude de leur débiteur ; sous la procédure formulaire, le droit de séquestration dans la prison domestique du créancier (2). Comme le dit Jhering (3) : « il n'est pas de droit qui n'est procédé de la force individuelle et dont les origines ne se perdent dans le bas-fond obscur de la force physique. Le temps n'a pu laver les taches de sueur et de sang dont le travail des hommes l'a maculé. Le principe que la force individuelle est la source du droit, est une des vérités primordiales de l'histoire du Droit Romain. »

Avec l'exécution sur les biens, la rudesse du droit s'atténue. Générale portant sur l'ensemble des biens, la venditio bonorum permettait la vente en bloc du patrimoine au profit du plus haut enchérisseur qui prenait la place du débiteur primitif, en exerçant ses droits et en assumant ses obligations.

Sous la procédure extraordinaire du Bas-Empire, l'exécu-

(1) Girard : *op. cit.*, p. 685.

(2) Fliniaux : Cours de Droit Romain, t. I, p. 240 et ss.

(3) Jhering : L'esprit du Droit Romain, t. I, p. 108.

tion sur les biens devient, suivant les cas, une vente d'un bien particulier, le *pignus ex causa iudicati captum*, soit une vente successive des biens, la *distractio bonorum*, jusqu'à concurrence du complet désintéressement du créancier.

Ainsi, nous assistons à Rome au développement en sens inverse des deux aspects de l'exécution des obligations contractuelles ; tandis que d'une part l'objet de l'exécution de pécuniaire devient directe, les moyens techniques, par contre, deviennent de moins en moins brutaux. Raffermissement des liens obligatoires d'une part, adoucissement de la procédure d'autre part, tel est l'aperçu succinct de la législation romaine.

B. — *Le Moyen Age*. — La chaîne du droit est rompue par le bouleversement dû aux Invasions. Elle est reprise par les Glossateurs qui s'efforcèrent de rendre éclatants les enseignements tirés du Droit Romain. Plus tard, Bartole fut de ceux qui s'imaginèrent que le Droit Romain pouvait et devait subsister à travers les temps sans presque aucun changement. Dans leur manie de systématiser, ils furent frappés de ce que les obligations qui imposaient l'accomplissement d'un fait, les obligations de faire, étaient très difficilement susceptibles d'exécution directe ; par contre, que pour les obligations ayant pour objet le transfert de propriété, les obligations de donner, l'exécution *ad ipsam rem* était facilement possible. Selon leur méthode, ils fouillèrent les textes romains pour trouver, voire même fabriquer un système romain s'accordant au leur. Une affir-

mation imprécise de Celse (1) que les obligations de faire ont pour condamnation une somme d'argent, une distinction du « dare » et du « facere » ayant pour but une classification des obligations en certaines et incertaines, chose capitale pour la délivrance de la formule, leur suffirent. Le Droit Romain avait donc connu d'après eux la subtile distinction des obligations de donner et de faire, les premières seules pouvant faire l'objet d'une exécution directe manu militari (2). Ainsi, par le seul fait qu'une obligation rentre dans l'une ou dans l'autre catégorie, elle est susceptible ou non, sans examen préalable, d'exécution directe. C'est au président Favre, au xvi^e siècle, que revient l'honneur du brocard qui devait devenir célèbre dans le monde du Droit : « Nemo praecise cogi potest, ad factum quia sine vi et impressione id fieri non potest, ideoque in obligationibus faciendi succedit prestatio ejus quod interest » (3). Mais déjà ceci devait faire l'objet de vives critiques. Vinnius (4) remarqua le vice de cette théorie et ce fut lui le premier qui introduisit la distinction du fait personnel — facta quae nuda et simplicia, seu quae in meris faciendi finibus consistunt — dont l'exécution directe est impossible et le fait impersonnel — quae in rei alicujus praestatione consistunt — susceptible d'exécution manu militari.

(1) Massin : *op. cit.*, p. 257 : « mais à l'époque de Celse, toutes les condamnations étaient pécuniaires ; il ne pouvait s'agir de limiter une règle qui n'existait pas encore ».

(2) Meynial : La sanction civile des obligations de faire ou de ne pas faire, p. 9 ; Massin : *op. cit.*, p. 258.

(3) C'est également la doctrine d'un arrêt de Grenoble du 12 septembre 1460, rapporté par Jean Papon (Recueil des arrêts notables, 1607, p. 558, Parlement de Paris). V. Minotte : Sanctions des obligations de ne pas faire, p. 34.

(4) Vinnius, Inst. 3.24, pr., N° 5 et ss.

Pothier à son tour adopte la classification des obligations, en obligation de donner, de faire, ou de ne pas faire. Et à première vue, il faut l'avouer, il n'est pas bien net. Ainsi, il nous dit à plusieurs endroits dans son *Traité des Obligations* (1) que les obligations de faire ou de ne pas faire ne donnent lieu qu'à des dommages-intérêts. Au n° 146 : « l'effet de l'obligation qu'une personne a contractée de faire quelque chose est qu'elle doit faire ce qu'elle s'est engagée de faire et que, si elle ne le fait pas, après avoir été mise en demeure de la faire, elle doit être condamnée aux dommages-intérêts de celui envers qui elle s'est obligée ». Et au n° 148 : « l'effet de l'obligation qu'une personne a contracté de ne pas faire quelque chose est que, si elle le fait, elle est tenue de dommages-intérêts résultant du préjudice qu'elle a causé en faisant cela à celui envers qui elle s'était obligée de ne pas le faire » (2). Mais il se reprend et dans son *Traité du contrat de Vente* (3) il dit : « la maxime — *nemo potest cogi ad factum* — n'a d'application que lorsque le fait renfermé dans l'obligation est un pur fait de la personne du débiteur — *merum factum* — comme lorsque quelqu'un s'est obligé envers moi de me copier mes cahiers ou à me faire un fossé, il est évident que je ne puis le faire écrire ou travailler au fossé malgré lui et que son obligation, au cas de refus par lui d'exécuter, doit nécessairement se résoudre en dommages-intérêts ». « Il n'est pas de même du fait de la tradition ; ce fait — non est *merum factum* sed magis ad dationem accedit —

(1) Edition Bugnet, t. II, N° 146 et 148.

(2) La même idée revient aux N° 157 et 158.

(3) Edition Bugnet, t. III, N° 68.

et le débiteur peut y être contraint par la saisie et l'enlèvement de la chose qu'il s'est obligé de livrer » (1). Dans son *Traité de Louage* (2) : « nous avons observé que la maxime : — *nemo potest...* — n'avait d'application qu'à l'égard des obligations qui ont pour objet quelque acte corporel de la personne du débiteur auquel il ne pouvait être contraint sans qu'on attente à sa personne ou à sa liberté ». De l'examen de ces textes, il résulte que Pothier n'exclue certes pas d'une façon générale l'exécution directe pour les obligations de faire ou de ne pas faire, mais de là vouloir y trouver comme le fait la majorité des auteurs, l'affirmation incontestée du principe de l'exécution forcée directe, c'est lui attribuer plus qu'il n'a écrit. Une chose est certaine : il ne suffit plus comme au temps des Glossateurs de faire rentrer une obligation dans la classe des obligations de donner ou de faire pour décider du mode d'exécution, mais bien au contraire, il faut examiner pour chaque cas d'obligations, s'il est possible ou non d'exécuter directement.

C. — *Le Code Civil*. — On pouvait croire que le Code allait mettre fin à cette incertitude. Il n'en est rien, car voici le texte des articles qui nous intéressent : Article 1142 : « Toute obligation de faire ou de ne pas faire se résout en dommages-intérêts en cas d'inexécution de la part du débiteur ». Article 1143 : « Néanmoins le créancier a le droit de demander que ce qui a été fait par contravention à l'engagement soit détruit, et il peut se faire autoriser à

(1) La même idée est reprise au N° 479.

(2) Edition Bugnet, t. IV, N° 66.

le détruire au dépens du débiteur, sans préjudice des dommages-intérêts s'il y a lieu ». Article 1144 : « Le créancier peut aussi, en cas d'inexécution, être autorisé à faire exécuter lui-même l'obligation aux dépens du débiteur ». Il est certain que les rédacteurs du Code Civil se sont mal exprimés ; ils ont entendu reprendre la théorie de Pothier (1), mais, comme ce dernier s'était mal exprimé, ils n'en firent pas mieux. La Doctrine moderne et la Jurisprudence vont s'efforcer d'interpréter les articles du Code dans le sens de la possibilité d'une exécution directe.

Une fois de plus, les paroles célèbres de Portalis se trouveront vérifiées : « Un Code quelque complet qu'il puisse paraître n'est pas plutôt achevé, que mille questions inattendues viennent s'offrir au magistrat, car les lois une fois rédigées demeurent telles qu'elles ont été écrites. Les hommes au contraire ne se reposent jamais... » (2).

SECTION II

Examen doctrinal.

Les auteurs du XIX^e siècle sont presque tous d'accord pour reconnaître que la formule de l'article 1142 du Code Civil est beaucoup trop large et que l'exécution forcée directe

(1) C'est ce qui résulte du rapprochement de la phrase de Pothier et de celle de Bigot de Préameneu, dans l'Exposé des Motifs (Fenet, t. XIII, p. 232) : « l'obligation de faire ou de ne pas faire se résout en dommages-intérêts en cas d'inexécution de la part du débiteur. Le motif est que nul ne peut être contraint dans sa personne à faire ou à ne pas faire une chose et que si cela était possible, ce serait une violence qui ne peut être un mode d'exécution des contrats ».

(2) Portalis : Discours préliminaire, p. 21, dans *Projet de Code Civil* présenté par la Commission nommée par le Gouvernement. Edition officielle.

est possible toutes les fois du moins qu'on pourra la « réaliser sans violence pratiquée sur la personne du débiteur » (1). Larombière et Toullier (2) cependant la rejettent à priori, car pour eux il y aurait toujours une atteinte à la liberté individuelle de forcer une personne contre sa volonté à exécuter une obligation de faire ; le même obstacle ne saurait intervenir pour les obligations de donner, pour l'exécution desquelles, les moyens de contrainte n'agissent pas sur la personne même du débiteur.

La Doctrine moderne, à part quelques auteurs (3), est pour affirmer que les termes employés par le législateur sont trop généraux (4). L'article 1142 du Code Civil n'a fait en réalité que reprendre l'ancien adage du Moyen Age tel que le concevait Pothier ; l'exécution par équivalent dont il parle n'intervenant que lorsque l'exécution directe sera devenue impossible. Par conséquent, la distinction devenue classique des obligations, en obligation de donner, de faire, ou de ne pas faire, n'est au point de vue de l'effet

(1) Marcadet : *Explication du Code Civil*, t. IV, N° 511. V. aussi : Duranton : *Cours de Droit Français*, t. X, N° 453. Demolombe : *Cours de Code Napoléon*, t. XXIV, N° 488 et ss. Laurent : *Principes de Droit Civil*, t. XVI, N° 197 et ss. Huc : *Commentaire du Code Civil*, t. VII, p. 184 et ss.

(2) Larombière : *Théorie et pratique des obligations*, t. I, p. 531. Toullier : *Droit Civil*, t. 6, N° 215 et ss.

(3) Esmein : *L'Origine et la logique de la Jurisprudence, en matière d'astreintes*, *Rev. trim. Dr. Civ.*, 1903, p. 9 et 11. Ripert (L.) : *La Réparation du Préjudice*, p. 12 et 14. Meigné : *Responsabilité et Contrat*, N° 109 et 110.

(4) Aubry et Rau : *Cours de Droit Civil*, t. IV, p. 62 et ss. Baudry et Barde : *Obligations*, t. I, N° 433. Garsonnet et Bru : *Traité de Procédure*, t. IV, p. 10 et ss. Jossierand : *Cours de Droit Civil*, t. II, N° 599. Planiol et Ripert, *op. cit.*, t. VII, p. 73 et ss. Demogue : *Obligations*, t. VI, N° 130 et ss. Massin, *op. cit.*, p. 284. Meynial, *op. cit.*, p. 4. Marcille : *De l'exécution en nature*, p. 12 et ss. Genicon : *De la règle nemo-precise...*, pp. 123-129. Minotte, *op. cit.*, p. 25 et ss. Wigny : *Responsabilité et force majeure*, *Rev. Trim. Dr. Civ.*, 1935, p. 27 et 28.

d'aucune utilité pratique. En effet, comme nous le verrons en étudiant la Jurisprudence, il y a des cas d'obligations dites de donner, où l'exécution directe est devenue impossible, et de nombreux cas où, pour les autres obligations, elle est possible. Il ne faut pas, comme le faisaient les Glossateurs, et la Jurisprudence s'en garde bien, de mettre des étiquettes aux obligations, pour décider à priori si oui ou non, l'exécution directe est possible. Néanmoins, il y a une remarque de fait à faire : « La différence entre les obligations de faire ou de ne pas faire, et les autres, se ramène ainsi à l'interversion respective du principe et de l'exception. L'exécution forcée en nature qui est en fait la solution habituelle pour les obligations du second groupe, devient en fait l'exception pour celles du premier. La véritable portée de l'article 1142, par opposition à l'article 1136, est de reconnaître pour ces obligations, conformément à la réalité, une sorte de présomption dans le sens de l'impossibilité d'exécution forcée » (1). Mais il est évident que cette sorte de présomption ne saurait être absolue, mais comme une simple indication pour le juge.

Quels seront maintenant les obstacles qui rendront l'exécution forcée directe impossible ? Il y a des cas d'impossibilité matérielle tenant à la structure même du contrat et se rapportant, soit à l'objet, soit au sujet passif. Supposons par exemple que le corps certain ayant fait l'objet d'un contrat de vente, vienne à périr ; l'exécution forcée directe ne peut plus raisonnablement être demandée. Si la des-

(1) Planiol et Ripert : *Traité Pratique de Droit Civil*, t. VII, N° 780 ; même sens, Colin et Capitant : *Cours de Droit Civil*, t. II, N° 100.

truction est due à une cause étrangère au débiteur, il est complètement libéré, le problème de l'exécution par équivalent ne se pose plus ; mais si elle lui est imputable, il devra payer des dommages-intérêts. Supposons d'autre part que le chanteur qui a promis son concours vienne à perdre subitement sa voix ; personne ne demandera à ce qu'il vienne chanter.

Il se peut que ces causes internes d'impossibilité d'exécution ne se trouvent pas réunies, et que néanmoins le débiteur refuse d'exécuter son engagement. Va-t-on s'emparer de sa personne et le contraindre à remplir sa promesse ? C'est toucher là le problème de la liberté de l'homme. Libre, a-t-on dit de contracter, l'homme serait également libre de ne pas accomplir son devoir et personne ne pourrait l'y contraindre (1). Ce système doit être repoussé, car il serait la négation de la notion d'obligation, fondement de la vie sociale. Il faut également rejeter le système opposé qui permettrait d'employer la force brutale pour amener le débiteur à s'exécuter (2). Entre ces deux extrêmes, il y a place pour un système moyen ; l'homme est libre de passer des contrats, mais obligé de les respecter, et on peut l'y forcer par des moyens de contrainte indirecte. Mais, jamais on ne doit employer des moyens de violence ; la violence répugne à tout esprit civilisé et de plus est fort souvent d'une efficacité réduite. Il faut donc renoncer à l'exécution forcée directe, si elle réclame l'emploi de la violence, et chercher d'autres moyens

(1) Stuart Mill : *La Liberté*, p. 280.

(2) Roguin : *La Règle de Droit*, p. 65 et ss.

pour obtenir une satisfaction aussi exacte que possible du créancier. « L'article 1142, en s'inspirant du principe *nemo praecise...* formulé au Moyen Age, lui a donné plus de force, surtout à raison des mœurs qui sont peu favorables à l'exécution brutale, l'activité des vieilles civilisations comportant plus de ruse que de force, d'où un développement du système des astreintes et une multiplication des demandes en résiliation » (1).

L'impossibilité matérielle ou morale ne sont pas les seuls obstacles de l'exécution forcée directe. Il y a des cas où ces empêchements n'existent pas, mais pour lesquels il faut se contenter de dommages-intérêts. Ce sont ceux où l'exécution forcée directe heurterait le principe des droits dûment acquis par des tiers. Supposons une personne promettant à une autre l'exclusivité d'un ouvrage ; malgré cet engagement, le débiteur traite avec un tiers, lequel est bien entendu de bonne foi ; le droit du créancier primitif se brisera devant l'exception invoquée : *res inter alios acta*.

D'autre part, il ne faut pas considérer le contrat comme une chose rigide, il doit s'adapter aux exigences économiques. Le juge qui est l'arbitre des conflits privés est amené à juger de l'utilité des droits qui lui sont réclamés. Aussi, verrons-nous les Tribunaux refuser au créancier le droit d'exiger le rétablissement de certaines voies de circulation qui avaient été supprimées jadis, pour le motif que ce rétablissement ne présente aucune utilité actuelle ; ou bien c'est l'équité qui refuse d'ordonner la destruction des constructions érigées, contrairement au contrat, alors qu'il y a dis-

(1) Demogue, *op. cit.*, t. VI, N° 136.

proportion flagrante entre l'utilité de la mesure demandée, et la charge à supporter par le débiteur en cas d'admission.

Impossibilité matérielle, impossibilité morale, utilité, équité, ce sont là des notions qui vont freiner souvent la règle de l'exécution forcée directe.

Si l'article 1142 du Code Civil pouvait dans certains cas donner lieu à l'emploi de mesures jugées vexatoires pour la dignité du débiteur, il n'en est pas de même pour les deux articles qui suivent. En effet, les articles 1143 et 1144 vont permettre au juge d'adopter une solution pacifique pour faire obtenir au créancier l'exécution en nature ; il va se passer de la personne du débiteur, et va faire exécuter l'obligation par un autre que lui. Seulement, là aussi des empêchements vont surgir. En dehors des conditions d'application dont nous avons parlé, concernant l'article 1142, il y en a une qui est particulièrement importante ; pour que les articles 1143 et 1144 trouvent application, il faut que le contrat ait pour objet une chose qui permette qu'un autre que le débiteur puisse l'exécuter, en d'autres mots, il faut que l'objet soit interchangeable. C'est encore au juge qu'il échoit cette tâche, et nous verrons dans la deuxième partie combien elle est ingrate.

Jetons maintenant un regard rapide sur la question en Droit comparé (1).

Le Code Civil Italien de 1865 n'a pas repris la phrase contenue dans l'article 1142 du Code Civil. En effet, l'article 1218 pose comme règle l'exécution directe : « celui qui

(1) Le Droit Belge est identique à celui Français. L'article 1142 trouve la même interprétation, mais l'efficacité de ce principe est plus réduite, du fait que la jurisprudence belge refuse d'employer les astreintes.

a contracté une obligation est tenu de remplir exactement et à défaut de la réparation des dommages causés ». Mais le pouvoir d'appréciation du juge consacré par les mots « à défaut », se trouve ici réduit faute de moyens de contrainte, l'astreinte étant repoussée aussi bien par la Jurisprudence que par la Doctrine, d'ailleurs divisée sur ce sujet. Un projet récent de Code Italien de Procédure Civile, datant de 1926, marque un pas de plus vers l'exécution forcée directe (1). L'article 461 du projet s'exprime ainsi : « l'exécution forcée d'une obligation quelconque pourra être demandée dans les formes prévues au livre second », et le Code ajoute : « pourvu qu'elle ne soit pas interdite par la loi ou matériellement impossible, et pourvu que l'obligation soit échue et que le débiteur n'exécute pas spontanément », phrase qui laisse, comme au juge français, un large pouvoir d'appréciation aux tribunaux. La grande innovation du projet est la création d'un bureau spécial attaché auprès des tribunaux, et ayant pour unique mission de procéder à l'exécution forcée de toutes sortes d'obligations. Pour les obligations de livrer un bien meuble, la procédure est rapide : « l'officier le prend et le délivre aux créanciers » (article 489) ; pour les immeubles, il envoie le créancier en possession (art. 491) ; pour les obligations de faire, le bureau exécutif prendra : « toute position opportune, afin que l'œuvre s'accomplisse malgré l'inexécution » (art. 637). Quant aux obligations de ne pas faire, le juge peut ordonner la destruction de ce qui a été fait, contrai-

(2) Barda : De la Specific Performance, p. 109 et ss.

rement au droit (art. 644), solution qui se rapproche de celle française. Le projet italien, suivant l'exemple de la jurisprudence française, fournit au bureau exécutif un moyen technique pour parvenir à ses fins : l'astreinte.

Le projet de Code des obligations et des contrats, commun à la France et à l'Italie de 1927, en s'inspirant de l'article 1218 du Code Italien, consacre dans son article 87, l'exécution directe : « le débiteur est tenu à l'exécution complète de l'obligation et à défaut à des dommages-intérêts. Les mots « à défaut » accordent au juge un pouvoir d'appréciation pour examiner quand il y a inexécution et quand on peut procéder à l'exécution forcée directe. Les articles 91 et 93 du projet, sont la reproduction fidèle des articles 1144 et 1143 du Code Napoléon, qui avaient également servi de modèle aux articles 1220 et 1221 du Code Civil Italien.

Le Code Civil Allemand de 1900, adopte lui aussi le principe de l'exécution forcée directe, et dans son article 241, il s'exprime ainsi : « en vertu de l'obligation, le créancier a le droit d'exiger du débiteur une prestation. Celle-ci peut aussi consister à ne pas faire ». L'article 242 nous dit : « le débiteur est obligé d'effectuer la prestation comme l'exige la bonne foi et l'intention commune des parties. Quant au moyen pour obtenir l'exécution, le Code de procédure (1) charge l'huissier de l'exécution, en procédant à l'enlèvement et à la remise, si c'est une chose mobilière

(1) V. Weber : De l'exécution forcée en Droit Français et Allemand, p. 219 et ss.

(article 883) ; et à la mise en possession si c'est un immeuble (art. 885), articles qui ont sans doute influencé la rédaction du projet italien du Code de procédure. Comme en Droit français, le tribunal pourra, lorsqu'il s'agit d'une obligation susceptible d'être accomplie par un autre que le débiteur, charger un tiers de le faire au frais du débiteur (article 837). Mais si l'obligation est personnelle au débiteur, et s'il refuse de l'exécuter, et c'est là une différence importante par rapport au Droit français, le créancier a à sa disposition l'appréhension au corps, mesure privative de liberté, qui n'est ordonnée qu'en cas de mauvaise volonté manifeste du débiteur.

En Suisse, l'ancien article 111 du Code des Obligations : « toute obligation de faire se résout en dommages-intérêts en cas d'inexécution imputable au débiteur », a été supprimé par le Code Fédéral des obligations, du 30 mars 1911, sans avoir été remplacé. Néanmoins, il est admis que l'exécution forcée est la règle, le juge ayant un large pouvoir d'appréciation quant au mode, et à l'étendue de la réparation (art. 43). Si l'obligation n'a pas été contractée eu égard à la personne du débiteur, la loi se montre assez favorable pour ce dernier. D'après l'article 68 : « le débiteur n'est tenu d'exécuter personnellement son obligation, que si le créancier a intérêt à ce qu'elle soit exécutée par le débiteur lui-même ». Mais il va de soi que dans ce cas, le créancier obtiendra l'exécution du contrat par un tiers, aux frais du débiteur défaillant aussi bien en ce qui concerne l'obligation de faire que celle de ne pas faire (article 98). Quant aux modes de procédure pour parvenir à l'exécution forcée, ils varient en Suisse suivant les cantons, en allant de la

simple prestation indemnitaire, jusqu'à la peine privative de liberté (1).

Le Droit Anglais a subi sur cette question une évolution toute particulière. Alors qu'au début, les tribunaux de Common Law, la juridiction ordinaire, n'appliquaient que le vieux principe romain des condamnations pécuniaires, au xiv^e siècle, une juridiction d'exception du Lord Chancellor fondée sur l'équité créa la Specific Performance qui est « un recours accordé au demandeur, en cas d'inexécution du contrat, par le défendeur et par lequel celui-ci peut être condamné à exécuter son engagement dans les termes précis où il avait contracté » (2).

La différence est-elle si grande entre le droit français et ceux que nous venons brièvement d'exposer ? Certes, au point de vue théorique, au point de vue des textes, aucune de ces législations n'a repris l'article 1142. Mais avec l'interprétation que lui a donné la Jurisprudence, il ne reste plus grand'chose de la lettre du texte. Néanmoins, on remarque une certaine timidité chez le juge français, qui vient certainement de la mauvaise rédaction de cet article qui l'empêchera d'être, comme nous le verrons plus loin, libre dans le choix des modes de réparation, autres que l'indemnité pécuniaire.

SECTION III

Effets du principe.

Nous avons pris la position suivante : l'exécution forcée

(1) Schneider et Fick : Commentaire du Code Fédéral des Obligations, t. I, p. 221, N° 45.

(2) Barba, *op. cit.*, p. 55 et ss. auquel nous renvoyons pour l'étude du Droit Anglais.

directe est le principe ; à l'opposé se trouve l'exécution par équivalent ; entre les deux se place l'exécution en nature, celle obtenue autrement que par l'intervention directe du débiteur. Conformément à ce principe, en cas de refus par le débiteur de remplir volontairement son engagement, l'exécution doit toujours avoir pour but de faire obtenir au créancier la chose même ayant fait l'objet du contrat.

A. — *Droit des parties.* — Comme suite à ce que nous venons de soutenir, le créancier devra toujours conclure au principal pour l'exécution forcée directe, et subsidiairement seulement pour l'allocation des dommages-intérêts (1).

De même, s'il demande l'exécution en nature, conformément aux articles 1143 et 1144 du Code Civil, il ne pourra le faire que subsidiairement par rapport à l'exécution forcée directe, qui doit toujours être la fin principale de sa demande en justice (2). Comme *ultima ratio*, si ni l'une ni l'autre ne peut utilement être employée, le créancier aura droit, suivant les cas, à l'indemnisation pécuniaire (3).

De ce que le créancier est tenu de demander en premier lieu l'exécution forcée directe, résulte-t-il une contradiction avec l'article 1184 du Code Civil : « la partie envers laquelle l'engagement n'a point été exécuté, a le choix, ou de forcer

(1) Laurent, *op. cit.*, t. XVI, N° 201. Demolombe, *op. cit.*, t. XXIV, N° 490. Baudry et Barde, *op. cit.*, t. I, N° 431. Massin, *op. cit.*, N° 308. Planiol et Ripert, *op. cit.*, t. VII, N° 781.

(2) Trib. Chambéry, 5 août 1886 (*France judiciaire* 1887.2.46).

(3) Il a été jugé que les dommages-intérêts alloués pour inexécution d'une obligation de faire sont dus en vertu de l'obligation originaire, et non en vertu d'une nouvelle, et que par conséquent le gage affecté comme sûreté pour l'exécution de l'obligation originaire de faire, devait demeurer affectée également au paiement des dommages-intérêts. Cass. Req. 9 mai 1881 (S. 82.1.150).

l'autre à l'exécution de la convention lorsqu'elle est possible, ou d'en demander la résolution avec dommages-intérêts » ? (1). Nous ne le pensons pas, leur domaine étant différent ; alors que pour la première hypothèse, il s'agit d'une exécution avec dommages-intérêts, pour la seconde, il s'agit d'une résolution avec dommages-intérêts. Au point de vue pratique, cette observation ne présente pas de différence importante ; l'exécution, aussi bien que la résolution, entraîne l'extinction de la convention ; de plus, pour le calcul des dommages-intérêts, on fait jouer les mêmes articles 1150 et 1151 du Code Civil. Il n'y aurait qu'une différence dans le montant du taux des dommages-intérêts, l'exécution par équivalent supposant que le créancier a exécuté pour sa part son obligation, mais c'est là une question de fait, variant suivant les espèces.

Le débiteur à son tour devra exécuter l'objet même de la convention ; si une action a été intentée par le créancier à cette fin, il ne pourra la faire arrêter qu'en offrant le fait ou la chose promise, et non des simples dommages-intérêts (2). Car ce serait alors ne pas respecter le principe de l'article 1134 (3). Une fois le jugement rendu définitif, condamnant le débiteur à des dommages-intérêts, son offre d'exécuter directement, ne sera valable qu'autant qu'elle sera acceptée par le créancier, comme s'il y avait naissance d'un nouveau contrat.

(1) Tant que le demandeur n'a pas renoncé à son droit résultant de l'article 1184, il conserve sa faculté d'option entre la résolution et l'exécution. Cas. Civ. 6 janvier 1932 (D. H. 1933.114).

(2) *Contra*. Demolombe, *op. cit.*, t. XXIV, N° 490.

(3) Il en sera de même si le créancier demande subsidiairement l'exécution, conformément aux termes des articles 1143 et 1144.

B. — *Pouvoirs et rôle du juge.* — Dans ce même ordre d'idée, le juge doit-il toujours condamner principalement et directement à l'exécution directe ? Nous penchons pour l'affirmative (1), car les tribunaux doivent avoir toujours en vue ce qui a fait l'objet même du contrat.

Cela ne veut pourtant pas dire que le juge soit obligé devant la constatation de l'impossibilité d'exécution forcée directe, de condamner néanmoins à l'exécution ; à quoi cela servirait-il ? Son appréciation est souveraine et il peut dans ce cas condamner directement à des dommages-intérêts. « Attendu, nous dit un arrêt de la Cour de Cassation Belge (2), que si le juge conserve en pareil cas la faculté de recourir au préalable au prononcé d'une contrainte directe, à charge du débiteur, l'emploi de cette voie ne lui est pas imposé, car il a le pouvoir souverain d'apprécier si le circuit sollicité par le créancier et susceptible uniquement de justifier une demande ultérieure d'indemnité du chef d'inexécution, peut présenter de l'intérêt en présence de l'impossibilité d'exécution reconnue par le jugement ». Ceci explique la nombreuse jurisprudence que nous aurons à examiner plus loin, qui, au lieu de condamner au principal le débiteur à exécuter dans un délai déterminé le fait promis, se borne, une fois l'inefficacité de cette mesure constatée, à allouer des dommages-intérêts ; il ne faut pas y voir un rejet du principe, mais une simplification, dans le sens de la rapidité de la solution du conflit (3).

(1) Contra. Larombière, *op. cit.*, t. I, art. 1142, N° 3.

(2) Cas. Belge, 28 avril 1922 (P. B. 1922.1.255).

(3) Il a été jugé que le juge avait le droit, en refusant d'ordonner l'exécution forcée directe, de condamner le débiteur à des dommages-intérêts, alors que le créancier n'avait pas conclu subsidiairement pour ce mode

Le jour de l'échéance passé, le créancier après avoir mis en demeure son débiteur, s'adressera au juge pour obtenir l'exécution du contrat. A cet instant, une question délicate se pose : comment le juge, une fois l'existence du contrat contrôlée, examinera-t-il la possibilité ou l'impossibilité d'exécution ? Dans un récent article, M. Wigny (1) pose le principe suivant. L'exécution par équivalent, qu'il appelle la question de la responsabilité, « ne se pose que lorsque l'exécution directe est devenue définitivement impossible ». Le juge commencera par l'exécution directe, qu'il n'écartera que lorsqu'il constatera une impossibilité absolue d'exécution, conformément au principe de l'article 1147 du Code Civil. « Une impossibilité absolue d'exécution est exigée avec raison par l'article 1147. Tant que la prestation en nature peut être fournie, elle peut seule être exigée, peu importe les difficultés rencontrées. Le débiteur a assumé une obligation de résultat et ne peut se plaindre des sacrifices que l'exécution implique ». Donc, après avoir constaté l'impossibilité absolue et définitive d'exécution directe, le juge passera à la deuxième question, celle de la responsabilité. « Pour déterminer s'il doit payer des dommages-intérêts, on recherchera la cause de l'impossibilité de la prestation en nature... C'est ici qu'intervient l'article 1137. En l'absence d'une clause expresse, il mesure la diligence avec laquelle le débiteur doit prévenir les obstacles qui pourraient entraver l'exécution directe. Il lui impute l'exécution si elle eut pu être évitée, avec une vigilance nor-

d'indemnisation. Lyon, 29 avril 1852 (S. 55.2.347) ; Cas. Civ., 19 mars 1855 (S. 55.1.648) ; contra : Aix, 18 mars 1914 (S. 1920.2.82).

(1) Wigny, *op. cit.*, p. 40-54.

male. Mais il n'admet pas la causalité du débiteur quand l'impossibilité d'exécuter n'eut pu être déjouée qu'avec des soins excessifs, extraordinaires » (1).

La théorie de M. Wigny n'est pas à l'abri de toute critique, et d'abord la justification de la contradiction des articles 1147 et 1137. En appliquant pour le même contrat, à la fois l'article 1147 pour l'exécution directe, et l'article 1137 pour celle par équivalent, c'est en premier lieu aller à l'encontre du texte même de ces articles et des articles 1732 et 1733 relatifs au louage d'immeubles. De plus, l'emploi des articles 1137, après l'article 1147, aurait pour effet d'enlever toute la portée de ce dernier. En effet, supposons une personne ayant promis l'exécution d'un travail d'une nature spéciale ; elle refuse de l'exécuter en invoquant par exemple la diminution de la main-d'œuvre ; il n'y a pas là impossibilité absolue d'exécution, elle doit donc exécuter, mais on ne peut la forcer à le faire directement, sans employer des moyens de violence ; à supposer que son travail ne puisse être fait par un autre, il faut passer à la question de responsabilité. Mais en faisant intervenir l'article 1137, on s'aperçoit qu'il a agi avec beaucoup de bonne volonté, avec toute la diligence d'un bon père de famille, il n'est pas responsable, et ne devra donc pas payer des dommages-intérêts. Voilà donc le créancier qui est sans droit et sans aucune réparation. Ainsi « l'obligation de résultat » envisagée pour l'exécution directe, se trouvera anéantie par l'application pour la responsabilité, de l'article 1137, et rem-

(1) Wigny, *op. cit.*, p. 50.

placée en fin de compte par « l'obligation de moyen » (1).

Pour que l'exécution directe soit écartée, il n'est pas suffisant de dire, comme le fait M. Wigny, que le juge doit constater l'existence d'une impossibilité absolue d'exécution. Il y a certes des cas où la constatation d'une impossibilité d'exécution volontaire suffit pour écarter l'exécution forcée, par exemple, l'impossibilité pour le vendeur de livrer la chose qui vient de périr. Par contre, il y a des cas où cette constatation est nettement insuffisante, et où il faudra faire intervenir la notion d'impossibilité d'exiger l'exécution forcée directe. Supposons un peintre qui refuse tout simplement sans aucun motif de peindre un tableau ; on ne pourra l'y contraindre, et pourtant il n'y a aucune impossibilité d'exécution, mais il y a une impossibilité morale de forcer à l'exécution directe. Donc le problème qui se pose pour le juge, lorsqu'il est amené à régler un différend entre co-contractants, est d'examiner si oui ou non il y a possibilité de procéder à l'exécution forcée directe. La réponse négative pourra être déterminée par des considérations extérieures à la convention, impossibilité matérielle ou morale par exemple, de contraindre le débiteur à s'exécuter (2).

(1) Voir pour le domaine respectif des articles 1137 et 1147, Colin et Capitant : *Droit Civil*, t. II, N^{os} 78 et 79.

(2) Un arrêt de la Cour de Cassation Belge, en date du 28 avril 1922 (P. B. 1922.1.255) s'exprime ainsi : « le juge n'a pas à rechercher les origines de l'impossibilité qui s'opposent à l'exécution, ni à déterminer le caractère absolu ou relatif de cette impossibilité, car, dès que sa réalité se trouve constatée, fût-elle due au fait du débiteur, elle entraîne, sauf le cas de force majeure, la substitution des dommages-intérêts à l'obligation désormais privée d'efficacité ».

DEUXIÈME PARTIE

Application du principe

CHAPITRE PREMIER

Exécution forcée directe

Comme nous l'avons dit plus haut, il faut entendre par exécution forcée directe, celle qui consiste à obliger le débiteur, par voie judiciaire, à exécuter ce qu'il aurait fourni de son gré, au cas d'exécution volontaire.

SECTION I

Contrats ayant un objet purement matériel.

Nous allons utiliser la division classique qu'emploie la Doctrine, obligation de donner, de faire, ou de ne pas faire, sans pour cela y voir à priori une différence au point de vue de l'exécution, mais dans le seul but de faciliter une présentation méthodique de la Jurisprudence.

A. — *Obligations de donner ; de livrer.* — Les contrats ayant pour objet une obligation de donner, dont le sens étroit est de transférer un droit réel, le plus fréquemment le droit de propriété, ne présentent pas de grosses diffi-

cultés pratiques. En effet, une fois les conditions remplies, le transfert de propriété en droit moderne est automatique ; il opère à l'insu des parties, sans qu'aucune force extérieure ait à intervenir. La difficulté se présente avec l'obligation pendante, celle de livrer la chose, qui n'est plus abstraite, mais bien matérielle. Il faudra alors agir de façon à forcer le débiteur récalcitrant, à exécuter ce à quoi il s'est engagé.

Pour le contrat le plus fréquent, opérant transfert de propriété, la vente (1), les auteurs sont d'accord pour mettre la « manus militaris » à la disposition du créancier, en vue d'obtenir la délivrance de la chose (2). La Jurisprudence, à son tour, a toujours admis l'emploi de la contrainte. Ainsi, pour ne citer que deux jugements, le Tribunal de Commerce de la Seine, par jugement, en date du 16 décembre 1919, et le Tribunal Civil de Perpignan, par celui du 10 février 1920 (D. P. 1920.2.33) ont prononcé des astreintes, forme moderne de la « manus militaris », pour forcer le vendeur à livrer la chose (3). La Chambre des Requêtes par arrêt en date du 21 décembre 1920 (D. P. 1921.1.62) et du 7 février 1922 (Gaz. Trib. 1922.1.214) confirme cette pratique ; la Jurisprudence Belge est également en ce sens (4).

(1) En vertu de l'article 1610 du Code Civil, l'acheteur a une option : forcer à l'exécution, ou réclamer la résolution.

(2) Aubry et Rau, t. IV, p. 10; Duranton, t. X, N° 883; Laurent, t. XVI, N° 194; Demolombe, t. I, N° 400; Planiol et Ripert, t. II; *id.*, Traité Pratique, t. VII et II, p. 73 et ss.; *ib.*, t. X, p. 73; Capitant, t. XI, p. 91.

(3) Il est vrai qu'un arrêt de la Cour de Paris du 16 juin 1920 (Gaz. Trib. 1920.2.432) en se fondant sur l'article 1142, n'a pas permis au créancier de se faire livrer une automobile. Mais il s'agissait d'une décision rendue sur référé, par ordonnance du Président, auquel la Cour contesta la compétence pour cause d'absence d'urgence.

(4) Cas. Belge, 17 mars 1921 (P. B. 1921.1.297).

Dans les deux jugements cités plus haut (1), nous trouvons l'examen d'une clause qui depuis ces dernières années est d'un usage très fréquent, surtout en matière de vente d'automobiles. Cette clause est rédigée de la façon suivante : « l'acheteur aura le droit de résilier le contrat deux mois après la date fixée pour la livraison, et le retard ou le défaut de livraison ne pourrait en aucun cas constituer un motif de dommages-intérêts d'aucune sorte ». En laissant de côté la question de validité d'une pareille clause d'atténuation de la responsabilité, constatons que les Tribunaux l'ont interprétée, comme n'enlevant pas à l'acheteur le droit d'exiger l'exécution directe, conformément au texte de l'article 1610 du Code Civil.

Si le vendeur est obligé de livrer la chose, l'acheteur à son tour est tenu de l'obligation correspondante, en prendre livraison. Le vendeur aura lui aussi les mêmes moyens offerts contre lui à l'acheteur : demander la résolution, ou forcer l'acheteur, « manu militari » à enlever la chose (2). Cela est parfaitement logique, car l'obligation est un rapport entre deux personnes ayant des intérêts opposés, le créancier et le débiteur devant être mis sur le même pied d'égalité.

La même solution doit être adoptée en cas de livraison n'opérant pas transfert de propriété de la chose (3).

(1) Auxquels il faut ajouter : Grenoble, 12 octobre 1920 (D. P. 1921.2.43) et Paris, 29 décembre 1920 (D. P. 1920.2.44).

(2) L'article 1264 du Code Civil lui donne le droit de se faire autoriser en justice pour la consigner ailleurs.

(3) Un arrêt de la Cour d'Appel de Colmar, en date du 8 mai 1845 (S. 47.2.117) relativement à un prêt à usage, a déclaré qu'il y avait lieu « d'ordonner toutes mesures coercitives nécessaires pour l'exécution de l'obligation » et qu'il « n'y a pas lieu à condamner à des dommages-

Ainsi, pour le contrat de louage, il n'y a aucun motif au point de vue pratique, de traiter différemment l'acheteur et le preneur auquel le bailleur refuse de livrer la chose (1).

Mais il est évident que la disparition de la chose, soit par cas fortuit, ou force majeure, soit par mauvaise volonté du débiteur, rendra vaine l'intervention du créancier ; conformément au droit commun, il aura ou non, droit suivant les cas, aux dommages-intérêts.

Dans un autre ordre d'idées, le principe de l'exécution forcée directe devra se plier lorsqu'il heurtera celui du respect des droits valablement acquis par des tiers, conflit qui se trouvera tranché par l'application des règles du droit commun (2).

B. — *Obligations de faire*. — Le problème pour les contrats ayant pour objet une obligation de faire, pour employer la terminologie classique, devient plus difficile à résoudre. En effet, il ne s'agit plus ici d'une chose à livrer, facilement retrouvable et dont le créancier peut s'emparer mais, de l'accomplissement d'un fait impliquant un effort actif de la part de celui qui s'engage. Que faire, par exemple, devant celui qui promet d'exécuter un travail et qui refuse de toutes ses forces à l'accomplir ?

intérêts, mais il convient d'autoriser le demandeur à procéder, par toutes voies nécessaires, pour en parvenir à l'exécution des engagements contractés ».

(1) Voir rapport fait par le Tribun Mauricault (Fenet, t. XIV, p. 324-325).

(2) En matière de transmission d'un droit réel, pour les immeubles, suivant l'ordre de transcription ; pour les meubles suivant la règle de l'article 2279 ; en matière de louage, d'après la date certaine, ou à défaut suivant l'ordre d'entrée en possession. En cas de conflit entre preneur et acquéreur, d'après l'article 1743 C. C. et la loi du 23 mars 1855 (art. 2, 4°).

Il est évident que la Justice se trouve placée devant un obstacle insurmontable, la volonté, ou plus exactement la mauvaise volonté du débiteur, que par la force même des choses, elle ne pourra écarter. Il faudra, bien entendu, trouver une sanction, car autrement ce serait accorder une prime au manquement de la parole donnée.

Mais nous ne vivons plus au temps où les législations étaient toutes favorables aux créanciers qui pouvaient disposer comme bon leur semblaient de leur débiteur, entièrement à leur merci. Le législateur moderne, par contre, a tendance à être de plus en plus indulgent pour le débiteur qu'il considère opprimé et accablé par l'époque.

Fidèle au principe que nous nous sommes posé, il faudra rechercher si l'exécution forcée est possible ou non ; si oui, l'ordonner ; si non, trouver un expédient pour assurer la satisfaction du créancier : l'exécution en nature par changement de débiteur, si cela est possible, par équivalent en cas contraire, cette dernière n'étant que « l'ultima ratio ». Tel est aussi le souci de la Jurisprudence. Si au lieu de condamner le débiteur à l'exécution directe, elle se borne à allouer des dommages-intérêts, il ne faut pas y voir un rejet du principe. La Jurisprudence n'agit ainsi que lorsque le juge s'est rendu compte que l'exécution directe n'était plus possible, et dans ce cas, au lieu de faire des détours, elle va directement à la solution extrême : les dommages-intérêts. Nous adresserons un seul reproche à cette Jurisprudence : c'est l'imprécision de son langage. En effet, en tête de la décision, nous retrouvons presque toujours cette phrase : « Attendu qu'aux termes de l'article 1142, toute obligation de faire ou ne pas faire se résout en dommages-

intérêts, en cas d'inexécution de la part du débiteur » (1). Si l'on ignorait les cas d'espèces, on serait porté à croire qu'il y a là le rejet pur et simple de notre principe de l'exécution forcée directe.

Pour nous, la phrase « En cas d'inexécution de la part du débiteur » n'est pas la simple constatation de l'inexécution ; elle signifie que le juge, après examen, s'est rendu compte de l'impossibilité d'exécution (2). Ce n'est pas là la négation du principe, mais bien au contraire sa consécration, sous une forme quelque peu ombrageuse.

Quant à rechercher dans les nombreuses décisions un critérium permettant d'établir une vue d'ensemble, cela n'est guère facile, car, n'étant qu'une question de fait, il varie suivant les cas d'espèces. Nous nous efforcerons, néanmoins, dans cette jurisprudence toute d'opportunité, d'en dégager quelques-uns.

Voici des décisions ordonnant l'exécution directe. Un arrêt de la Cour de Douai, du 28 août 1844 (S. 45.2.294) a condamné directement le preneur à remettre les terres louées en bon état de culture, conformément à son obligation de jouir en bon père de famille. Un arrêt de la Chambre des Requêtes du 6 juillet 1857, (D. P. 57.1.388) ordonne à un locataire de justifier dans un certain délai de l'acquit de la contribution des portes et fenêtres sous une astreinte de 100 francs par jour de retard, pour la raison que toute

(1) A titre d'exemple, Cas. Civ. 19 mars 1855 (D. P. 55.1.297).

(2) Un arrêt de la Chambre des Requêtes du 9 mai 1881 (D. P. 82.1.13) illustre notre affirmation. Un gage avait été constitué par le débiteur, d'une obligation de faire, pour en garantir l'exécution. Le débiteur n'exécutant pas, la résiliation fut prononcée, avec condamnation à dommages-intérêts, en maintenant comme garantie le même gage en vertu de l'obligation originaire.

obligation de faire permet au juge d'y apposer une contrainte, dont il lui appartient d'en apprécier l'étendue. Un jugement du Tribunal de Commerce de la Seine en date du 25 février 1882 (Gaz. Pal. 81.82.2.320) va plus loin en déclarant qu'en matière de publicité, la résiliation des engagements avec dommages-intérêts ne saurait équivaloir à leur exécution. Le juge muni de larges pouvoirs d'appréciation, condamne le correspondant d'un journal à fournir un bulletin financier, jusqu'au terme convenu, et même au-delà, pour une période correspondant à celle de l'interruption de la publicité causée par le refus de l'obligé. Un arrêt de la Chambre des Requêtes du 23 juillet 1889 (D. P. 91.1.31) est lui aussi significatif. Il s'agissait de l'engagement pris par un industriel, de mettre un tiers en mesure de faire valoir un brevet d'invention. Par la suite, la déchéance du brevet étant advenue, par faute de l'industriel, la Cour a admis la demande du tiers tendant à forcer l'industriel à l'exécution même de la convention, en obligeant ce dernier à faire valoir l'usage du brevet tel qu'il se trouvait depuis la déchéance (1).

Voyons maintenant les cas qui, en raison de l'impossibilité d'exécution forcée directe, ont entraîné des condamnations aux dommages-intérêts. L'Administration des Hospices de la ville de Lyon ayant refusé, pour des motifs d'organisation et d'administration intérieure, d'assurer les charges imposées par un legs de recueillir les enfants pauvres, tout en bénéficiant de la libéralité, a été condamné à payer une rente annuelle au profit de la commune d'où devaient être

(1) Cet arrêt ordonne également la remise d'une procuration authentique dans un délai déterminé, sous peine d'astreinte.

envoyés les enfants, conformément aux termes du testament (1). Un jugement du conseil de préfecture indépartemental de Bordeaux, en date du 11 mars 1927 (D. H. 1927. 348) condamne l'Etat qui refuse de maintenir dans une ville, pendant un certain temps, un certain nombre d'unités militaires, à une réparation pécuniaire envers la ville qui, pour sa part, a exécuté son engagement (2). Nous voyons dans ces deux arrêts que, même si on avait poussé en premier lieu à l'exécution directe par voie de contrainte, on n'aurait pas pu, pour des raisons d'impossibilité matérielle, arriver à mieux que ce que, de plano, les Tribunaux ont fait (3).

D'autres décisions refusent d'obliger le débiteur à exécuter, pour le motif que cela ne présenterait plus une grande utilité pour le créancier. Ainsi, un arrêt de la Chambre des Requêtes du 10 avril 1872 (D. P. 74.1.35) refuse d'ordonner le rétablissement de certaines voies supprimées par une commune, alors qu'il était constaté que le créancier n'avait plus d'intérêt à l'exécution de la convention primitive. Ou bien, cette utilité serait trop mince si on faisait un rapport entre le préjudice causé, et l'importance de la charge imposée au débiteur. Un arrêt de la Chambre des Requêtes, du

(1) Cas. Civ. 19 mars 1855 (D. P. 55.1.297).

(2) De plus, la condamnation aux dommages-intérêts, était la conséquence de la clause pénale adjointe au contrat.

(3) Un arrêt de la Chambre Civile, du 9 juillet 1888 (D. P. 89.1.156) refuse d'obliger une commune usagère sur une forêt, d'enlever du sol les excédents des coupes pour le motif, grave en apparence, que nulle disposition légale n'autorise les tribunaux à condamner une partie en réparation d'un dommage causé à exécuter un acte qui ne lui est imposé, ni par la loi, ni par la convention, alors qu'elle refuse de l'accomplir. Mais la véritable raison de cet arrêt, est que cette obligation n'était pas à la charge de l'usager, mais du propriétaire.

23 mars 1909 (D. P. 1910.1.343) déclare que les juges peuvent refuser d'ordonner la réfection des travaux mal exécutés par un entrepreneur, en constatant que : « cette réfection nécessiterait la démolition à peu près complète de l'immeuble, et occasionnerait une dépense de beaucoup supérieure au préjudice résultant de la défectuosité » (1). D'autres arrêts refusent la démolition, en cas de malfaçon de l'entrepreneur si : « le travail quoique s'écartant des prévisions du devis, n'a constitué ni un vice ni une défectuosité présentant un inconvénient pour la solidité et la salubrité de l'immeuble et n'a occasionné aucun préjudice » (2). Mais si la démolition est devenue nécessaire par le fait des malfaçons, la Jurisprudence oblige l'entrepreneur à tout recommencer (3).

Il se peut également que cette exécution soit rendue impossible par le fait d'un tiers. C'est ce qui s'est passé dans l'arrêt de la Cour d'Appel de Pau du 24 décembre 1883 (D. P. 85.2.221) où l'exécution était subordonnée à la volonté d'un tiers. Il s'agissait d'une convention passée entre un particulier et un curé pour la création d'une école, devant être confiée à une congrégation. Cette dernière refusant d'en assumer la charge, la convention n'ayant par suite plus de raison de l'être, a été résolue de plein droit, et la partie qui n'avait pas exécuté primitivement son obligation, a été condamnée à des dommages-intérêts.

(1) En ce sens : Cas. Civ. 25 juillet 1922 (P. F. 1923.1.113) concernant les réparations locatives.

(2) Cas. Civ. 2 février 1904 (D. P. 1904.1.271); auquel il faut ajouter : Cas. Req. 25 janvier 1904 (S. 1908.1.323) et Cas. Req. 31 octobre 1906 (D. P. 1907.1.135) et Appel Lyon 14 juin 1880 (J. G. Sup., t. II, N° 211, note 1).

(3) Cas. Req. 14 mars 1899 (D. P. 99.1.445).

La subordination de l'exécution d'un engagement à la volonté d'un tiers est mieux mise en lumière dans les clauses dites de « porte-fort », par lesquelles une personne promet d'apporter d'autrui la ratification d'un acte. Comme le porté-fort n'est nullement tenu par l'engagement pris par le promettant (art. 1120 C. C.), on ne peut forcer ce dernier à exécuter ce qu'il a promis et rapporter la ratification ; cela est difficilement concevable (1). La Jurisprudence est unanime sur ce point (2). Un arrêt de la Chambre Civile en date du 26 juillet 1854 (D. P. 54.1.297) a refusé de considérer comme moyen de contrainte, afin de forcer le promettant à rapporter la ratification du porté-fort, la condamnation pécuniaire prononcée en première instance, pour la considérer comme des dommages-intérêts découlant, non de l'inexécution, mais du simple retard dans l'exécution.

Mais, si l'on ne peut pas obliger le promettant à rapporter la ratification du porté-fort, peut-on du moins le forcer à exécuter ce que le porté-fort devait ratifier ? Il y a, certes, là un déplacement du problème dont les conséquences pratiques sont loin d'être négligeables. Evidemment, certains cas de promesses de porté-fort ne se prêteront pas à ce jeu ; il en est ainsi, par exemple, dans le cas où une personne s'est porté-fort d'apporter la ratification d'un partage par un incapable, ou bien l'acceptation d'un donataire (3). Par contre, il y a des cas où la question peut se poser ; par

(1) Contra : Buttgenbach : Contrats par porte-forts, p. 94-96.

(2) Cas. Civ. 16 février 1814 (J. G., t. XXXIII. V^e Obligation, N^o 763, note 1). Appel Douai 28 juin 1837 (Ib., N^o 888, note 1). Cas. Req. 22 juillet 1879 (S. 80.1.20). Alger 15 juillet 1909 (D. P. 1912.2.164). Seine 29 avril 1924 (D. H. 1924.404).

(3) Civ. 21 juin 1893 (S. 94.1.17). Toulouse 29 juin 1905 (Gaz. Trib. 30.7.1905).

exemple, en matière de vente, une personne promettant qu'un autre va vendre ou acheter.

En cas de refus de ratifier, le promettant peut-il offrir à exécuter lui-même, l'obligation du porté-fort? Le stipulant peut-il forcer le promettant à exécuter? La question est controversée en Doctrine. D'après un premier système, on peut exiger l'exécution directe, toutes les fois que cela est possible, toutes les fois qu'il s'agit d'obligations qui n'ont rien de personnel à celui pour lequel on promet (1). « Dans les autres cas, il semble bien que le créancier doit accepter l'exécution. En effet que peut-il exiger? Une promesse du tiers. Or, le promettant lui donne avantage: il lui assure l'exécution d'une promesse que le tiers, même après avoir été ratifiée, n'aurait peut-être pas tenue » (2). D'après un autre système, et auquel nous donnons notre adhésion, il y a là une question d'interprétation de volonté. Il faudra par conséquent rechercher quelle a été l'intention des parties, si elles ont envisagé ou non, la possibilité d'obtenir l'exécution directe, si le porte-fort a entendu prendre part, à titre personnel à la conclusion du contrat, et en assumer l'exécution (3). « Mais en l'absence de circonstances particulières permettant de discerner chez le porte-fort et le stipulant l'intention de créer un lien obligatoire personnel entre eux, on ne saurait reconnaître au preneur le droit de se substituer d'autorité au tiers non ratifiant dans les avantages et les charges du contrat, soit en obligeant le stipu-

(1) Demolombe, *op. cit.*, t. 1, n° 224; Naquet, note au Sirey 1904.1.265.

(2) Demogue, *op. cit.*, t. VII, N° 804.

(3) Buttgenbach, *op. cit.*, p. 17-25 et p. 100-101; Boulanger : La promesse de porte-fort et les contrats par autrui, p. 143-149.

lant à recevoir l'exécution de la promesse faite par le tiers, soit en exigeant de lui l'exécution des prestations corrélatives » (1). Ce système a l'avantage d'être conforme à la lettre de l'article 1120 du Code Civil et à la Jurisprudence.

Un arrêt de la Cour d'Appel de Grenoble, en date du 18 août 1854 (D. P. 55.2.78) s'exprime en des termes décisifs : « Attendu en effet que si le législateur eut voulu que le porte-fort fut tenu d'exécuter lui-même l'engagement qu'il contractait pour autrui, il l'aurait dit d'une manière formelle, tandis qu'il ne l'a soumis qu'à une indemnité en argent, laissée à l'appréciation des tribunaux ». Mais si d'après l'intention des parties, il résulte que dans un contrat synallagmatique la personne, qui s'est portée fort pour autrui pour l'achat d'un terrain, a contracté en même temps en son propre compte, cette personne serait recevable de poursuivre l'exécution du contrat (2). De même, la personne s'étant portée fort, peut à son tour être poursuivie pour exécuter directement ce qu'elle avait promis de la part d'un tiers, et assurer la fonction de caution, si telle a été l'intention commune des parties (3). Cette façon de voir est, à notre avis, conforme à la matière même de la promesse pour autrui, qui repose entièrement sur l'interprétation de la volonté des parties.

C. — *Obligations de ne pas faire.* — Ce qui a été dit pour les obligations de faire, va se répéter pour les contrats ayant

(1) Planiol et Ripert, *op. cit.*, t. VI, N° 50.

(2) Cass. Req. 27 juillet 1903 (D. P. 1904.1.36). Cas. Req. 2 décembre 1885 (S. 86.1.156).

(3) Limoges 10 août 1850 (S. 52.2.385).

pour objet le non accomplissement d'un fait par le débiteur.

Le débiteur ayant contrevenu à son engagement, le créancier peut-il l'obliger à effacer ce qu'il a fait, et, si la situation se prolonge, peut-il prendre des mesures pour empêcher le renouvellement de la contravention ? L'article 1143 du Code Civil répond : oui. « Néanmoins le créancier a le droit de demander que ce qui a été fait par contravention à l'engagement, soit détruit et il peut se faire autoriser à le détruire au dépens du débiteur » (1). Si oui, le juge a-t-il le droit de contrôler sa demande, et, suivant les cas, refuser l'autorisation ? Les anciens auteurs (2) étaient partagés sur cette question, mais la Doctrine Moderne en majeure partie est pour reconnaître au juge ce droit (3). En effet, si l'on admet d'une part que l'article 1142 du Code Civil permet l'exécution directe, toutes les fois qu'elle n'est pas impossible, et d'autre part que l'article 1143 en est la suite, ce ne peut être au créancier de juger quand il y a ou non impossibilité. Ce ne peut être qu'aux Tribunaux que doit appartenir ce pouvoir d'appréciation.

Un arrêt de la Cour d'Appel d'Aix, en date du 18 mars 1914, (P. F. 1920.2.82) s'exprime ainsi : « on ne saurait admettre que l'article 1143 crée pour les Tribunaux une obligation absolument impérative, il n'apparaît en effet que cette obligation résulte expressément du texte de la loi » (4).

(1) Nous parlerons dans le chapitre suivant de l'exécution aux frais du débiteur.

(2) Affirmative : Larombière, *op. cit.*, t. I, p. 531 ss. Négative : Laurent, t. XVI, p. 253 ss. Demolombe, t. XXIV, N° 485 ss.

(3) Demogue t. VI, N° 130 et ss. Planiol et Ripert t. VII, p. 73 ss. Josserand t. II, N° 592.

(4) Contra : Trib. Empire Allemand 17 novembre 1891 (D. P. 93.2.71).

Il arrive dans presque tous les cas, que la contravention une fois consommée, il soit impossible, par la force même des choses, d'apporter une réparation autre que celle consistant en des dommages-intérêts. C'est ce qui a été jugé par la Cour d'Appel d'Amiens du 21 juillet 1926 (Gaz. Pal. 1926.2.554), concernant l'exercice irrégulier de la médecine. Mais il arrive que la contravention, tout en étant consommée, permette au juge d'ordonner l'effacement de ce qui n'aurait pas dû être fait. Ainsi, le Tribunal Civil de la Seine, par jugement du 21 juillet 1925 (Gaz. Trib. 1926.2.388) a autorisé le propriétaire à faire procéder à l'expulsion d'un sous-locataire indûment installé, avec l'assistance du commissaire de police, et au besoin, de la force armée. Un arrêt de la Cour d'Appel de Paris, en date du 26 avril 1894, a ordonné la démolition des constructions élevées contrairement aux stipulations du contrat, pour ce motif que l'on ne peut substituer une indemnité pécuniaire à cette obligation, alors qu'elle peut être encore exécutée. Cet arrêt nous montre bien que la condamnation à une somme d'argent n'intervient que faute de mieux, mais cette mesure peut être rejetée par le juge du fait, si la démolition représente une dépense trop forte par rapport au préjudice subi par le créancier (1).

Le Tribunal devant une contravention à une obligation de faire peut également prendre des mesures pour l'avenir, afin d'éviter une nouvelle inobservation des conventions. Ainsi, la Cour de Paris le 21 novembre 1887 (D. P. 91.1.153)

(1) Cour d'Appel d'Alx du 18 mars 1914 précité.

ordonna la suppression de certaines machines, dans le but de diminuer les bruits et trépidations, et de mettre un terme à l'inexécution des obligations résultant du voisinage.

Nous sommes amené à examiner maintenant une question qui à l'heure actuelle présente un grand intérêt pratique. Il s'agit de ce que l'on nomme la clause de non-établissement, en vertu de laquelle une personne ayant travaillé pour le compte d'une maison, ou ayant vendu un fonds de commerce, s'engage dans certaines conditions à ne pas s'établir, afin de ne pas commettre une concurrence déloyale. Comme il a été dit plus haut, sur le passé, on ne peut pas revenir ; on ne peut qu'allouer des dommages-intérêts. Mais en ce qui concerne l'avenir, les Tribunaux se sont arrogé le droit d'ordonner la fermeture de l'établissement irrégulièrement ouvert. Ainsi un arrêt de la Chambre des Requêtes en date du 21 février 1862 (D. P. 62.1.185) a reconnu les deux mesures prises par le juge du fait : dommages-intérêts pour le préjudice passé, irréparable autrement, fermeture de la maison concurrente, dans le but d'éviter pour l'avenir une nouvelle contravention. La Cour d'Appel d'Amiens, par l'arrêt précité, a interdit à un médecin d'exercer sa profession dans les lieux où il s'était engagé, de ne pas le faire, et a ordonné la fermeture de son cabinet. Le Tribunal de Commerce de Saint-Etienne, par jugement du 8 juillet 1925, (Journ. Soc. 1927.484) ordonne à un ancien administrateur de la société de quitter, sous peine d'astreinte, la Société concurrente qu'il avait fondée après son départ, malgré l'interdiction prévue par les statuts, faute de quoi, il pourrait être procédé, *manu militari*,

à la fermeture du fonds irrégulièrement tenu (1). Mais l'intervention manu militari ne saurait être utilisée pour empêcher un artiste de jouer sur une scène autre que celle prévue dans le contrat d'engagement. En effet, on ne voit pas très bien comment un commissaire, caché dans les coulisses, pourrait barrer à l'acteur la route vers la scène. C'est dans ce sens que la Cour de Paris par un arrêt du 21 avril 1896 (D. P. 97.2.177) s'est bornée à condamner Coquelin à une astreinte, par chaque jour de contravention qu'il pourrait commettre, en paraissant sur une autre scène que celle du théâtre Français, et il en fut décidé de même par la Cour de Paris du 21 juin 1928 (Gaz. Trib. 1928.2.430) à l'égard de Mme Huguette Duflos, et le 27 juin 1929, (Gaz. Trib. 1929.2.2.367) par le Tribunal Civil de la Seine à l'encontre de M. André Luguet.

SECTION II

Contrats fondés sur « l'intuitus personae »

Ce sont les contrats pour lesquels la personnalité, les aptitudes, les connaissances du débiteur, ont été la cause déterminante de leur conclusion et qui vont faire échec au principe de l'exécution forcée directe.

A. — *Contrats de l'artiste*. — L'engagement pris par un artiste de peindre un tableau, de jouer une pièce, de chanter dans un concert, ne peut, et ne doit être considéré comme une convention ordinaire, comme celle du vendeur,

(1) Même sens Trib. Com. Seine 15 mai 1924 (Gaz. Trib. 1924.2.572) et appel Paris 10 octobre 1923 (Gaz. Trib. 1924.2.49).

ou celle de l'ouvrier tâcheron (1). Ayant à accomplir un acte qui est sa création personnelle, il faut que l'artiste jouisse d'une grande liberté dans ses mouvements, d'autant plus que l'exécution de son œuvre est soumise aux caprices de l'inspiration. Mais, comme tout est question de mesure, il ne faudrait pas que l'artiste, sous ce prétexte, puisse fouler aux pieds les plus élémentaires principes de droit qui sont le fondement de la vie sociale. M^e Maurice Garçon (2) s'élève avec indignation contre leurs abus. « Nous tressons — dit-il — des couronnes aux poètes, et nous élevons des autels aux artistes. Par là, ils prennent d'eux-mêmes une opinion si grande que rien ne leur paraît plus à leur taille, et qu'ils s'estiment dictateurs de nos penchants. Ils veulent ignorer les lois ordinaires qui régissent nos Cités, parce qu'elles sont une entrave à leur turbulente fantaisie, et s'ils font parfois appel à la justice, c'est pour solliciter de la Jurisprudence, l'établissement d'un véritable droit prétorien, destiné à consacrer leurs plus injustes usurpations ».

Sans aller aussi loin, nous pensons qu'il s'agit de concilier ces deux idées : la libre création, et le respect des contraventions. Comme le dit fort justement M. Planiol (3) : « si l'art est jaloux de son indépendance, le respect des contrats s'impose aux artistes, comme à tous les citoyens ».

(1) Appel Aix 12 juin 1923 (*Gaz. Pal.* 1923.2.295) : « l'artiste ne saurait être assimilé à un vendeur d'une marchandise commerciale déterminée, corps certain in genere, lequel pour exiger que l'acheteur soit tenu d'en prendre livraison, qu'en droit on se trouve en présence d'un contrat spécial qui n'a rien de commun avec une vente ».

(2) Plaidoyer du 25 octobre 1927 dans *La Justice au Parnasse* p. 116.

(3) Note au D. P. 1898.2.465 ; en ce sens : Appel Paris, 4 juillet 1865 (D. P. 65.2.201).

Dans la convention, par laquelle un artiste peintre s'engage à exécuter un tableau, il y a deux sortes d'obligations (1) : un engagement de peindre, qui est une obligation de faire, et un engagement de livrer la toile une fois achevée, qui est une obligation de livrer (2). Nous laisserons de côté l'obligation de livrer dont nous avons parlé, et qui peut être exécutée manu militari. Quant à l'obligation de faire, de peindre un tableau, il ne peut être question de forcer le peintre à l'exécuter, car ce serait employer la violence, et même si on l'employait, on n'aboutirait jamais, en raison de la nature toute particulière de l'engagement, à forcer le peintre à prendre ses pinceaux (3).

C'est dans l'impuissance de contraindre à faire ceci que la Cour d'Appel de Paris, par arrêt du 4 juillet 1865 (D. P. 65.2.201) a condamné Rosa Bonheur à des dommages-intérêts, sans même prononcer d'astreinte, pour la bonne raison que l'artiste avait refusé on ne peut plus formellement de remplir sa promesse (4). La Cour de Paris, le 2 décembre 1897 (D. P. 98.2.465) confirmé par arrêt de la Chambre Civile du 14 mars 1900 (D. P. 1900.1.497) a renouvelé sa Jurisprudence, mais, comme dans l'espèce, il y avait plus qu'une ébauche de portrait, en vertu de son pouvoir prétorien, elle a interdit au peintre d'en faire un usage

(1) Planiol, notre précitée.

(2) D'après la Cour d'Appel de Paris, 30 juin 1927 (D. H. 1927.501) pour que celui qui commande une œuvre d'art ait le droit de se la faire livrer, il faut que l'œuvre soit achevée. Ainsi le sculpteur Rodin a valablement fait donation à l'Etat du projet non achevé d'une statue commandée.

(3) V. Pothier, t. III, N° 68, avec son exemple classique de la personne qui s'oblige à copier les cahiers.

(4) Même sens Trib. Civ. Seine, 29 juillet 1892 (Le Droit 1.9.92).

quelconque, tant que le portrait ne serait pas rendu méconnaissable.

Il en est de même pour l'artiste dramatique qui refuse de paraître sur scène ; on ne peut s'emparer de lui et le forcer à jouer. La Cour d'Appel de Paris, par arrêt du 3 mars 1855, (D. P. 56.2.71) a condamné la célèbre artiste Rachel à payer des dommages-intérêts à un auteur dramatique, pour avoir refusé, sans motif légitime, de jouer dans une pièce qu'il avait écrite, en raison de ses qualités particulières, spécialement pour elle.

B. — *Société, association et syndicat.* — Ce qui fait le fondement de ces contrats, c'est la communauté d'intérêts, ce que les Romains appelaient, en termes évocateurs, « l'affectus fraternitatis ». Vouloir employer dans l'exécution de ce genre de contrat, des moyens de contrainte violents, serait aller à l'encontre des principes qui ont régi leur conclusion, à l'encontre de l'essence même de ces contrats.

Néanmoins, nous avons trouvé des décisions ordonnant la réintégration d'un membre irrégulièrement exclu d'une association, d'une société, mais il s'agissait d'une mesure n'impliquant pas l'usage de la violence.

Ainsi un arrêt de la Cour d'Appel de Lyon, en date du 12 novembre 1912, (Gaz. Pal. 1912.2.518) a ordonné la réintégration d'un membre d'une Société de Secours Mutuel pour exclusion sans motif légitime (1). Un jugement du Tribunal de la Seine, du 1^{er} mai 1914 (D. P. 1917.2.96) déclare même que la personne exclue sans avoir été entendue pour faire valoir ses moyens de défense, doit être considérée,

(1) Même sens Bordeaux 25 mai 1908. J. A. B. 1908.1.258.

comme n'ayant jamais été exclue, et que par conséquent, tout ordre de procéder à sa réintégration serait inutile.

Cette mesure ne peut être ordonnée s'il est évident que les rapports amicaux ne peuvent plus durer. Ainsi le Tribunal Civil de Grasse, par jugement du 8 mai 1911 (Gaz. Trib. 1911.2.183) s'est borné à allouer une réparation pécuniaire, en l'espèce le remboursement des cotisations, aux ouvriers ayant été exclus d'un syndicat, pour ne pas avoir participé aux manifestations du 1^{er} mai, « lesquels ne peuvent en présence d'une pareille attitude raisonnablement demander leur réintégration dans un groupement où ils ne peuvent attendre à être bien accueillis et traités sur pied d'égalité ».

C. — *Mandat*. — Le mandat, lui aussi, est un contrat qui repose tout spécialement sur la confiance et les bons rapports qui doivent toujours exister entre le mandant, et son mandataire. C'est donc avec juste raison que par arrêt du 7 août 1835, la Cour d'Appel de Bordeaux (1) a déclaré résilié avec dommages-intérêts le contrat, conséquence nécessaire du refus du maître de donner des instructions à son commis-voyageur.

D. — *Obligation alimentaire*. — C'est toujours parce que les bons rapports ne peuvent subsister, que la Chambre des Requêtes, par arrêt du 26 juillet 1843 (2) a approuvé la conversion de l'obligation d'un oncle de fournir des aliments en nature à son neveu, en une rente annuelle, pour le motif

(1) J. G. T. 33. V. Obligation N° 711 note 2.

(2) J. G. T. 32. V. Obligation N° 710, note 1.

qu'à la suite d'un litige, la vie commune n'était guère possible.

SECTION III

Contrainte sur la volonté : les astreintes.

Nous avons vu dans les deux sections précédentes, que la Jurisprudence s'efforce, autant que cela est possible, de faire obtenir au créancier, l'exécution forcée directe de la convention. Cette section fera l'objet de l'étude rapide des moyens de contrainte mis à la disposition du juge pour toucher à ses fins, et plus spécialement d'un moyen moderne, l'astreinte.

En effet, aujourd'hui, on ne peut décemment songer à l'exécution sur la personne telle qu'elle existait dans l'Antiquité ; la sévérité parfois barbare est incompatible avec l'idée moderne d'humanité ; la contrainte par corps existe à peine, refoulée par de récentes lois, dans le domaine du droit pénal. Il ne reste plus qu'à toucher le débiteur dans ses biens ; saisie mobilière, saisie immobilière sont offertes par loi au créancier pour recouvrir son dû. Entre ces deux, la Jurisprudence a forgé de toutes pièces, une institution qu'elle appellera plus tard, l'astreinte, qui consiste en une condamnation pécuniaire exagérée, fixe ou à tant par jour, ou par autre unité de temps, infligée à la personne qui refuse de remplir ses engagements. On veut ainsi, en frappant durement le débiteur dans son patrimoine, le faire réfléchir, et le forcer indirectement à s'exécuter. Disons en passant que ce moyen de contrainte, puissant en apparence, n'en demeure pas moins aussi inefficace que les voies

générales d'exécution sur les biens, si le débiteur a eu le soin de dissimuler son avoir ou de se rendre insolvable.

Ayant débuté assez timidement au début du siècle dernier, la théorie de l'astreinte a trouvé depuis de multiples applications dans tous les domaines, aussi bien dans celui du droit privé que celui du droit public (1), et il serait vain d'énumérer les cas, tant ils sont nombreux. Cette Jurisprudence dont l'utilité est manifeste (2), n'est pas à l'abri de toute critique. En laissant de côté la question de la légalité de l'astreinte qui divise encore les auteurs ; nous lui ferons quelques reproches et en premier lieu, celui de l'imprécision des termes employés. Tantôt il est parlé dans les décisions d'astreinte, tantôt de dommages-intérêts, et il est souvent malaisé de s'y retrouver alors que, comme il sera dit plus bas, il ne peut y avoir de confusion possible. D'autre part, comme cette matière n'est prévue par aucun texte, l'incohérence y règne et vouloir la systématiser, n'est pas tâche facile. Pour notre part, nous nous efforcerons de poser les seules questions qui intéressent spécialement notre sujet.

A. — Peut-on utiliser l'astreinte comme moyen de contrainte, alors que l'exécution est impossible ? Ou en d'autres termes, l'astreinte ne doit-elle être employée que seulement lorsque l'exécution directe est possible ? Nous ne voyons aucune objection de principe qui puisse interdire l'emploi de l'astreinte, alors que l'exécution est impossible,

(1) Loi du 25 juin 1920 en matière fiscale. Loi du 18 juillet 1924 en matière de lotissement.

(2) La Jurisprudence Belge rejette l'astreinte : Cas. Belge, 24 janvier 1924, P. B. 1924.1.151 ; Cas. Belge 22 nov. 1926. (P. B. 1927.1.92).

du moins quand cette impossibilité provient du débiteur. En effet, au moment où le juge ordonne l'astreinte, on ne peut pas savoir au juste quelle sera la position définitive du débiteur ; on cherche tout simplement à l'intimider par le danger du versement éventuel d'une forte somme d'argent. Mais, comme la théorie de l'astreinte repose sur les larges pouvoirs d'appréciation du juge dans l'exécution des conventions, il se peut fort bien que les tribunaux, devant la volonté inébranlable du débiteur de ne pas faire ce qu'il a promis, renoncent à appliquer l'astreinte, et se contentent de prononcer immédiatement une réparation pécuniaire. A quoi bon faire traîner les choses, si dès le début on entrevoit avec certitude le résultat. Il n'y a pas là une obligation pour le juge du fait, mais uniquement une recommandation. Ainsi la Cour d'Appel de Paris, par un arrêt précité du 4 juillet 1865 a refusé d'impartir un délai fixe au peintre Rosa Bonheur, pour exécuter un tableau, sous contrainte pécuniaire, pour chaque jour de retard, et a statué directement sur la question de dommages-intérêts. En effet, l'artiste avait manifesté une mauvaise volonté ne faisant pas de doute, quant à l'exécution, en écrivant entre autres à son client, qu'il n'aurait d'elle pas plus un papier écrit qu'un bout de toile peinte.

Nous en concluons donc que l'impossibilité d'exécution n'est pas un obstacle de principe, mais uniquement de fait, l'emploi de l'astreinte étant déterminée par le juge suivant les chances de succès.

B. — Peut-on utiliser l'astreinte même si l'emploi de la *manus militaris* est possible ? Nous inclinons pour l'affirma-

tive parce que moins brutale. « Les moyens de force ne sont qu'une mesure extrême, compliquée, quelque peu infamante pour le débiteur, ridicule parfois, et sans efficacité durable. Il est plus simple souvent d'essayer d'abord d'obtenir de l'action personnelle du débiteur, l'exécution de ce qu'il doit. Le créancier ne perd pas, puisque si l'astreinte se révèle inefficace, le recours à la force reste à sa disposition. Quant au débiteur, on ménage son crédit et sa liberté, en le priant une dernière fois d'exécuter de lui-même » (1). Ainsi un arrêt de la Cour d'Appel de Paris en daté du 10 octobre 1923 (2) a ordonné, sous peine d'astreinte, la fermeture d'un fonds de commerce ouvert contrairement à une clause de non établissement, avant d'ordonner au besoin qu'il soit fermé avec assistance du commissaire de Police.

C. — L'astreinte se confond-elle avec les dommages-intérêts ? Quoique consistant toutes deux en une condamnation à payer une somme d'argent, il ne faut pas les assimiler, les buts étant totalement différents. L'astreinte tend à obtenir l'exécution en nature, c'est donc un moyen de contrainte ; les dommages-intérêts interviennent lorsque l'astreinte n'a pas eu de succès, ce sont un mode de réparation du préjudice causé. Mais à vrai dire il est malaisé de faire ces distinctions dans la Jurisprudence qui, comme nous l'avons dit, pêche par manque de précision, beaucoup de décisions utilisant les mots astreinte et dommages-

(1) Planiol et Ripert. *Op cit.* t. VII, p. 89.

(2) *Gaz. Trib.* 24.2.49 ; même sens Com. Seine 15 mai 1924. (*Gaz. Trib.* 1924. 2.572) et St-Etienne 8 juillet 1925 et 5 sept. 1926 (*Journ. Soc.* 1927.484).

intérêts en dehors de leur sens exact (1). Néanmoins, avec un peu d'attention, on réussit à dégager les points de différenciation qui découlent de cette idée que l'astreinte est une « mesure coercitive d'exécution » (2), une mesure comminatoire.

Et d'abord, les taux ne sont pas les mêmes. Pour la fixation des dommages-intérêts, le juge a bien entendu un pouvoir d'appréciation, mais il est limité par les fils conducteurs tracés par le Code Civil (3), de façon à ce que l'indemnité pécuniaire soit équivalente au dommage subi. Il n'en est rien pour l'astreinte. Au contraire, plus elle sera élevée, plus elle aura de chances d'être efficace (4). Nous avons rencontré des astreintes variant de un franc (5) à 10.000 francs par jour de retard (6). Le juge n'étant gêné par aucun cadre, il fixe le montant de l'astreinte comme bon lui semble, mais, pour plus d'efficacité, il le fera en rapport avec la fortune du débiteur, ce qui est tout à fait normal.

En un mot, dommages-intérêts veulent dire équité, astreinte veut dire efficacité.

Il ne faut pas également se laisser influencer par le fait qu'en principe l'astreinte est représentée par une somme mobile, à tant par jour de retard, alors que les dommages-intérêts ne se présentent que sous la forme d'une condamnation ferme, à une somme fixe. Le contraire s'est vu :

(1) Notamment Cas. Civ. 14 mars 1927 (D. H. 1927.274).

(2) Appel Paris 16 mai 1927 (*Gaz. Trib.* 27.2.240).

(3) Articles 1149, 1150 et 1151.

(4) Lyon, 4 mai 1859 S. 60...2429.

(5) Requête, 28 décembre 1886 S. 87.1.112.

(6) Requête 1^{er} décembre 1897 D. P. 98.1.289 : une Compagnie refusant de fournir à un hôtelier le courant électrique, fut condamnée à une astreinte de 100 francs par jour de retard, augmentée en Appel à 10.000 francs par jour.

un arrêt récent de la Chambre Civile du 5 juillet 1933 (D. P. 1934.1.133 (1) a infligé une astreinte représentée par une somme fixe. Seulement, comme nous le disions plus haut, cela n'a pas empêché la Cour de prononcer le mot dommages-intérêts, alors qu'en réalité, il s'agissait d'une astreinte (2). Par contre, un arrêt de la Chambre Civile, en date du 25 janvier 1865 (S. 65.1.84) considère qu'une condamnation à tant par jour de retard peut bien être des dommages-intérêts, lorsque le juge veut organiser dès le début la réparation du préjudice à venir.

Mais quel est le critérium de distinction, et où le trouve-t-on ? On le retrouve dans le pouvoir des juges du fond. Si la condamnation à une somme fixe, ou à tant par jour de retard a été ordonnée par le Tribunal, en tenant compte des circonstances de la cause du dommage à réparer, cette condamnation n'est autre que les dommages-intérêts. Mais si le premier juge condamne sans tenir compte de l'objet même de la créance, la condamnation pouvant par conséquent être très élevée, rien que pour exercer une pression sur la volonté du débiteur défaillant, nous serons en présence de l'astreinte. Par conséquent, le premier juge n'a plus à revenir sur ce qu'il a statué, s'il s'agit de dommages-intérêts ; par contre, en matière d'astreinte, une jurisprudence constante consacre son caractère provisoire, et la possibilité pour le juge d'y revenir, sans se voir opposer l'exception de l'autorité de la chose jugée (3). La Jurispru-

(1) Cas. Civ. 14 mars 1927 D. H. 1927.274.

(2) Il semble bien que pour la Jurisprudence, les mots dommages-intérêts équivalent à toute condamnation à payer une somme d'argent.

(3) Requête 7 nov. 1888. S. 90.1.457. Req. 21 déc. 1920. D. P. 1921.1.62. Seine 30 juin 1926 *Gaz. Pal.* 1926.2.370. Toulouse 15 février 1927, *Gaz. Pal.* 1927.2.241.

dence, tout en s'exprimant mal, en fait la distinction. Un arrêt de la Chambre des Requêtes, du 7 février 1922 (Gaz. Trib. 1927.1.214) permet le cumul de l'astreinte et des dommages-intérêts. Il s'agissait dans l'espèce d'un défaut de livraison d'une automobile. Au garagiste avait été infligée une astreinte en vue de le forcer à livrer la voiture à l'acheteur, et au fabricant, des dommages-intérêts, pour réparer le préjudice qu'il avait causé au garagiste. De même un jugement du Tribunal Civil de la Seine du 27 juin 1929 (Gaz. Trib. 1929.21.2.367) a ordonné à un artiste en vue de le forcer à ne plus jouer sur une autre scène sous peine d'astreinte et l'a condamné à défaut d'exécution, à des dommages-intérêts, payables solidairement avec le directeur de l'établissement en faute.

De plus, l'astreinte a pour but d'amener le débiteur à exécuter et, si ce dernier remplit ses engagements, il peut demander à être exonéré de la pénalité éventuelle (1), alors qu'il ne pourrait valablement le demander pour les dommages-intérêts, en raison du retard dans l'exécution. Deux arrêts récents (2) facilitent de distinguer quand il y a astreinte, et quand dommages-intérêts. Le juge, en ordonnant la première, n'est plus tenu de justifier que la somme ainsi fixée représente le préjudice causé au créancier ; il suffit de prononcer l'astreinte, sans donner d'explications, ou tout au moins, dire : passé lequel délai il sera fait droit. Pour les dommages-intérêts, ce sera tout le contraire.

Ainsi, si les deux théories sont nettement distinctes, il existe néanmoins une certaine cohésion, l'astreinte pouvant

(1) Req. 14 juin 1920. D. P. 1921.1.195.

(2) Civ. 14 mars 1927 précité, Civ. 5 juillet 1933 précité.

aboutir à une condamnation à des dommages-intérêts. Si elle réussit à atteindre son but, si le débiteur a exécuté, contraint par le danger d'avoir à payer une forte somme, il faudra calculer le préjudice causé par le retard, et accorder au créancier des dommages-intérêts moratoires. Si l'astreinte échoue, si le débiteur n'exécute pas, il faudra que cette situation passagère cesse, il faudra évaluer et accorder au créancier des dommages-intérêts compensatoires.

Nous voyons donc, que l'astreinte n'est qu'un moyen pour aboutir à l'exécution, qu'une période de transition avant la constatation de l'inexécution et la réparation pécuniaire définitive.

CHAPITRE II

Exécution en nature.

L'exécution en nature est, pour nous, celle qui fournit au créancier la chose même faisant l'objet du contrat ; par conséquent autre chose que de l'argent, par d'autres moyens que ceux consistant en une pression exercée sur la personne du débiteur, en vue d'obtenir l'exécution par ce dernier même. La situation du créancier ne changera pas, puisque, en fin de compte, il recevra ce à quoi il avait droit. Quant au débiteur, l'exécution se produira sans effort actif de sa part, mais, une fois accomplie, il sera tenu de prendre à son compte les frais occasionnés par le défaut d'action personnelle.

Nous examinerons, dans une première section, l'exécution en nature réalisée par le changement de la personne du débiteur, pour les contrats ayant un objet corporel, et dans une deuxième section, la réalisation, par l'intermédiaire de la justice, des conventions ayant un objet incorporel, l'accomplissement d'un acte juridique.

SECTION I

Contrats ayant un objet corporel fongible.

Exécution en nature par changement de débiteur.

Ce sont des contrats, pour lesquels la personnalité du

débiteur n'a pas été la cause déterminante de leur conclusion, la personne du débiteur n'entrant qu'accessoirement dans les préoccupations du créancier. Je passe un contrat avec Pierre pour qu'il me creuse un fossé ; il refuse de le faire ; je demande à ce qu'il soit remplacé par Paul ; du moment que j'ai satisfaction, et c'est là l'essentiel, il m'importe peu que ce soit Pierre ou Paul qui accomplisse le travail.

Les anciens auteurs l'ont bien compris, car nous lisons dans le *Traité des Obligations* de Pothier (1) : « ... si mon
« voisin s'est obligé envers moi à ne pas fermer son avenue
« pour m'y laisser passer et qu'au préjudice de cette obligation il l'ai fermée par une barrière ou par un fossé,
« je puis faire ordonner qu'il sera tenu de retirer la barrière ou de combler le fossé et que faute par lui de le
« faire dans un certain temps, je serai autorisé à faire à ses
« dépens combler le fossé ou enlever la barrière ».

A son tour, Bigot de Préameneu (2) s'exprime on ne peut plus clairement : « Mais ce qui a été fait en contravention
« de l'engagement est susceptible d'être détruit et si on
« peut faire par un tiers ce que le débiteur aurait dû faire
« lui-même, il suffit que ce soient des moyens possibles
« d'exécution de l'engagement pour qu'il soit juste de les
« autoriser, et le débiteur devra outre la dépense les dommages-intérêts qui pourront avoir lieu ».

Le Code Civil a adopté cette façon de voir ; article 1143 :
« Néanmoins le créancier a le droit de demander que ce
« qui a été fait par contravention à l'engagement, soit dé-

(1) Ed. Bugnet. T. II n° 158 et pour les oblig. de faire, Louage n° 483.

(2) Exposé des motifs. Fenet. T. XIII, p. 232.

« truit ; et il peut se faire autoriser à le détruire aux dépens
« du débiteur sans préjudice des dommages et intérêts, s'il y
« a lieu ».

Article 1144 : « Le créancier peut aussi, en cas d'inexécution, être autorisé à faire exécuter lui-même l'obligation aux dépens du débiteur ».

Cette solution élégante de résoudre le conflit entre le créancier et le débiteur est souvent employée en Droit Public (1), l'Administration pouvant décider que, suivant l'article 1144, elle est autorisée à faire exécuter les travaux aux frais du concessionnaire défaillant.

Mais est-ce vraiment là un mode d'exécution différent de l'exécution par équivalent ? Quelques auteurs ne le pensent pas. Ils se placent du côté du débiteur et disent : il ne fait rien, il se borne à payer une somme d'argent. Pour Larombière (2) il s'agit là de dommages-intérêts, d'exécution par équivalent : « L'autorisation accordée au créancier de faire ou de défaire aux frais du débiteur, n'a d'autre résultat que de remplacer une indemnité évaluée à priori, à titre de dommages-intérêts, par une autre indemnité plus exacte et déterminée à postériori à titre de remboursement de salaires et de dépenses ».

Par contre, la majorité des auteurs considère qu'il y a là un mode d'exécution directe « qui assure au créancier une satisfaction exactement adéquate à celle que lui aurait procurée l'exécution volontaire ; ce que l'on considère c'est donc toujours le résultat, non les moyens » (3).

(1) Batbie : Droit Public et Administratif. T. VIII, n° 263.

(2) Théorie et Pratique des Obligations. T. I., p. 536.

(3) Massin : *op. cit.* p. 332 ; même sens : Wigný : *op. cit.* p. 31.

« Il n'y a pas ici exécution par équivalent, le but est atteint, les moyens, à condition qu'ils soient légaux, sont indifférents » (1). Il nous semble qu'il y a exagération dans les deux doctrines.

Vouloir diviser l'obligation en deux parties distinctes : côté créancier et côté débiteur, c'est méconnaître le sens du mot obligation. L'obligation est un rapport de droit entre deux personnes, qui chacune est pour une part débitrice et créancière, et non la réunion de deux situations juridiques nettement distinctes.

Il n'y a donc pas là exécution par équivalent ; le débiteur débourse de l'argent, mais le créancier ne reçoit pas directement la somme, comme en matière de dommages-intérêts ; il obtient entière satisfaction, c'est-à-dire l'exécution exacte de ce à quoi il avait droit.

Comment dire, par contre, qu'il y a exécution forcée directe ? Elle est, bien entendu, forcée, puisque la justice intervient, mais elle n'est pas directe, puisque le débiteur refuse d'accomplir ce à quoi il s'est engagé. On pourrait dire indirecte, mais nous avons préféré employer le mot « en nature » pour souligner que le créancier reçoit autre chose que de l'argent. La situation ressemble singulièrement à celle où le débiteur, au lieu d'exécuter lui-même ce qu'il a promis, passe un engagement avec un tiers qui exécutera en son lieu et place. Dans notre cas, au lieu que ce soit le débiteur qui agisse ainsi de son propre mouvement, c'est le créancier qui supplée à son inexécution, en faisant accomplir l'obligation par un tiers.

(1) Genicon : *op. cit.* p. 184.

Ainsi envisagée, l'exécution en nature se place après l'impossibilité d'exécution forcée directe et au cas où elle est possible, avant l'exécution par équivalent, les dommages-intérêts, qui, comme nous l'avons maintes fois dit, n'interviennent qu'en dernier lieu (1).

Une double question, qui a longtemps préoccupé les juristes, est celle de la valeur de l'autorisation par le juge, dont parlent les articles 1143 et 1144 du Code Civil. L'autorisation est-elle nécessaire ? Le juge peut-il la refuser ?

Nous en avons brièvement parlé dans notre chapitre précédent et nous avons conclu que le juge peut, suivant les cas, refuser l'autorisation au créancier en vue de forcer le débiteur lui-même à détruire ce qui a été fait contrairement au droit. La même question se pose lorsqu'il s'agit de remplacer le débiteur par un autre, en vue de livrer ce qui aurait dû être livré, faire ce qui aurait dû être fait, détruire ce qui n'aurait pas dû être fait.

Plusieurs systèmes ont été proposés. D'après le premier, soutenu par Larombière (2), l'autorisation serait toujours obligatoire, en vertu du principe que nul ne peut se faire justice soi-même et cela surtout lorsqu'il s'en prend à la chose du débiteur. Par contre, si cela se passe sur son propre bien, le créancier peut agir tout seul ; pour obtenir un règlement plus facile, il est recommandé de s'adresser

(1) D'après un arrêt de la Ch. des Requêtes du 14 mars 1899 (D. P. 99.1. 445) : « c'est à bon droit et par une exacte application des articles 1143 et 1144 que l'arrêt attaqué a condamné H. à construire le radier et remblayer les galeries souterraines, et a autorisé S. à faire exécuter ces travaux aux frais de H. si celui-ci n'en commençait pas l'exécution dans le délai imparti ».

(2) *Op. cit.* p. 336.

aux tribunaux, lesquels auraient toujours le droit de la refuser.

D'autres auteurs, parmi lesquels Laurent (1), Demolombe (2), dont la théorie repose sur l'article 1134 du Code Civil, soutiennent que c'est un droit pour le créancier, qui se voit refuser l'exécution par son débiteur, d'exiger une exécution qui le place dans la même situation et le juge ne peut pas le lui refuser. Quant à la nécessité d'une autorisation, elle est toujours exigée lorsqu'il s'agit d'une voie de fait s'exerçant sur la propriété du débiteur. Cela est également vrai pour les obligations de faire, car le procédé de faire exécuter par un tiers, ce à quoi le débiteur s'était engagé, est une voie d'exécution forcée qui ne peut se passer de l'instance judiciaire (3). Aubry et Rau, se fondant sur ce que le Code Civil emploie des termes différents dans les articles 1143 et 1144, proposent un système suivant lequel le créancier devrait toujours demander l'autorisation (4). Mais le juge aurait un large pouvoir d'appréciation pour l'octroi de l'autorisation concernant l'obligation de faire ; par contre, pour les obligations de ne pas faire, ce pouvoir s'effacerait devant le droit absolu du créancier de demander la destruction de ce qui a été fait contrairement à la convention ; « l'appréciation du juge est nécessairement arbitraire, objective et abstraite et par suite la compensation accordée au créancier souvent insuffisante » (5).

Pour notre part, nous exigeons toujours une autorisa-

(1) Laurent *op. cit.* T. XVI, n° 199.

(2) Demolombe *op. cit.* T. XXIV, n° 485 ss.

(3) Laurent *op. cit.* T. XVI, n° 200 ; Baudry-Barde *op. cit.* n° 437.

(4) Aubry et Rau, *op. cit.* T. IV, p. 65, note 14 et p. 67.

(5) Marcille. *Op. cit.* p. 42.

tion, comme étant le corollaire du principe que, toutes les fois qu'il y a une difficulté dans l'exécution d'une convention, il faut s'adresser aux tribunaux. Nous accorderons également un large pouvoir d'appréciation au juge, pour décider, s'il y a lieu ou non, de procéder à l'exécution en changeant la personne du débiteur. La différence de terminologie entre l'article 1143, le créancier a « le droit », et l'article 1144, le créancier « peut », n'est pas significative ; le choix des mots n'a jamais été d'une fort judicieuse exactitude dans la rédaction du Code. Il en est de même pour les travaux préparatoires. Alors que Favart (1) nous dit : « Cependant il a fallu laisser au créancier le *droit* de faire détruire aux dépens du débiteur ce qu'il aurait fait ou fait faire en contravention du contrat : le projet le porte. Il a fallu aussi laisser au créancier le *droit* de faire exécuter lui-même l'obligation aux dépens du débiteur », Mauricault (2) s'exprime par contre ainsi : S'agit-il d'une obligation de faire quelque chose ? Le créancier *peut* en cas d'inexécution être autorisé à faire lui-même exécuter l'obligation aux dépens du débiteur. L'obligation, au contraire, est-elle de ne pas faire une certaine chose ? Le créancier aura le *droit* de demander que ce qui serait fait par contravention à l'engagement soit détruit ; il pourra même se faire autoriser à le détruire aux dépens du débiteur ».

Pour la Cour de Cassation (3) : « il résulte des articles 1143 et 1144, du Code Civil combinés que les juges ont la

(1) Rapport au Tribunat. Locré T. XII, p. 433 ss.

(2) Discours prononcé dans la séance du Corps Législatif du 17 Pluviôse An XII (7 fév. 1804). Locré t. XII, p. 558.

(3) Cas. Civ. 25 juillet 1922 (S.) 1923.1.111).

faculté d'apprécier discrétionnairement si les ouvrages construits par contravention au contrat doivent être détruits ou non ».

Comment refuser au juge ce pouvoir ? La loi le lui accorde pour fixer les dommages-intérêts, les tribunaux l'ont pris d'eux-mêmes dans la pratique des astreintes. Nul n'est mieux placé que le juge pour examiner l'exécution des contrats, constater l'inexécution et appliquer, voire même, créer des moyens répondant aux nécessités économiques qui puissent remédier à la carence du débiteur. « Le contrat est chose vivante ; il faut, en conservant son but essentiel, l'adapter aux circonstances » (1).

Abordons maintenant l'étude détaillée de la Jurisprudence, en suivant le même plan que celui du chapitre précédent.

A. — *Obligations de donner, de livrer.* — Une personne s'est obligée, par contrat de vente, à fournir des choses de genre, par exemple, tant de barriques de vin. Nous avons vu que, si le contrat de vente porte sur un corps certain, l'acheteur, faute de livraison, pouvait forcer le vendeur, manu militari, à la lui livrer. Pourquoi dans notre cas, la vente ne portant pas sur un bien déterminé, en d'autres mots la qualité individuelle de la chose n'ayant pas été envisagée tout spécialement, employer des moyens de contrainte, afin de forcer le débiteur à exécuter ? Il est plus simple de donner autrement satisfaction au créancier. C'est de lui permettre de procéder lui-même à l'achat des choses

(1) Demogue, *Op. cit.* t. VI, p. 155.

fongibles par leur nature, ou jugées telles, en faisant supporter le marché par le débiteur. Si ce dernier se voit désavantagé, il n'a qu'à s'en prendre à lui, il devait remplir son devoir et il ne l'a pas fait. Cependant, comme l'exécution directe est principale, il pourra offrir au créancier d'exécuter avant que ce dernier ait obtenu le jugement ordonnant son remplacement ; et l'acheteur n'aurait pas le droit d'empirer abusivement la situation du vendeur. Puisque ce dernier, conformément à l'article 1246 du Code Civil, doit fournir des choses de valeur moyenne, de qualité bonne, loyale et marchande, l'acheteur à son tour devra en faire autant, et c'est aux Tribunaux qu'il appartient d'y veiller.

Un arrêt de la Chambre des Requêtes, en date du 6 janvier 1869 (D. P. 69.1.207), a rejeté le pourvoi formé contre un arrêt de la Cour de Bastia, ayant autorisé l'acheteur, faute de livraison par le vendeur, à procéder à l'achat d'une certaine quantité d'orge, au fur et à mesure de ses besoins, à un prix supérieur à celui du marché primitif, le vendeur étant condamné à tenir compte de la différence entre les deux prix. La Cour de Cassation Belge, par arrêt du 2 juillet 1874 (P. B. 74.1.244), tout en reconnaissant qu'il y avait là une faculté pour le juge, a validé l'autorisation donnée au créancier de faire exécuter lui-même l'obligation au dépens du débiteur, en procédant à l'achat des choses fongibles promises. Cet arrêt casse une décision de la Cour de Liège du 16 juillet 1873 (P. B. 74.2.79) qui s'était refusé d'appliquer l'article 1144, pour ce motif que cette voie d'exécution avait pour résultat d'astreindre le débiteur à payer des dommages-intérêts plus étendus que ceux

prévus par la loi. Cette solution est conforme à notre opinion qui est de ne pas assimiler ce mode d'exécution aux dommages-intérêts, et d'en faire une catégorie à part, que nous avons dénommée exécution en nature.

B. — *Obligation de faire.* — Conformément à la position prise par nous quant au pouvoir du juge, nous dirons que, toutes les fois que l'exécution sera possible par un autre que le débiteur, on pourra procéder à son remplacement. Ce n'est là, il faut le reconnaître, qu'un mode exceptionnel d'exécution qui, suivant l'appréciation souveraine du juge, se trouvera dans bien des cas écartée.

Une notion dont nous avons déjà parlé, « l'intuitus personae » trouve dans notre cas des applications fort intéressantes. L'intuitus personae est la cause impulsive et déterminante de la conclusion du contrat. Le créancier qui est le seul à avoir intérêt à ce que le contrat soit exécuté par le débiteur même, peut refuser l'offre de ce dernier de se faire remplacer par un tiers ; et pendant l'instance, le juge pourra toujours rejeter la demande tendant à ces fins, dans un contrat fondé sur l'intuitus personae. Ainsi l'a jugé la Cour d'Appel de Liège, par arrêt du 26 novembre 1885 (P. B. 1886.2.63). Il s'agissait de l'engagement contracté par l'acquéreur comme condition d'une vente « de nourrir, vêtir et entretenir le vendeur en santé et en maladie, en lui donnant tous les soins que sa situation exigera, et d'avoir pour lui tous les égards et les respects dus à son grand âge ».

Le débiteur ayant offert de faire exécuter par un tiers son engagement, et ce contre le gré du créancier, la Cour

a admis l'action en résolution intentée par ce dernier. Le Tribunal de Dinant, le 28 Février 1885, par jugement qui avait occasionné l'appel en question, avait considéré qu'il ne fallait pas voir dans ce genre d'obligation que des engagements en quelque sorte purement matériels et d'une exécution tout à fait vulgaire, comme l'œuvre d'un maçon qui bâtit un mur, mais des engagements essentiellement variables d'après les circonstances, et notamment suivant l'état du créancier et en prenant également en considération la personne du débiteur. La Cour de Cassation, par arrêt de la Chambre des Requêtes du 18 février 1903 (D. P. 1903.1. 487), a reconnu le pouvoir souverain d'appréciation des juges du fonds, qui peuvent refuser de recourir à ce mode exceptionnel d'exécution. Il s'agissait d'une société en participation, d'une durée limitée intervenue entre un éditeur et un auteur, en vue de publier une revue mensuelle, dont l'auteur allait être le directeur, l'éditeur se chargeant de l'impression et de la vente, avec droit d'initiation et de contrôle réciproque. L'auteur, devant l'inaction de l'éditeur, avait demandé sa condamnation, à exécuter sous peine d'astreinte, et à défaut, de remplir lui-même à sa place et à ses frais, le rôle d'éditeur. A bon droit, la Cour d'Appel avait jugé que s'agissant « d'une obligation de faire dont l'accomplissement exigeait essentiellement leur action volontaire et personnelle », il ne fallait employer ce mode d'exécution et se borner à une condamnation à des dommages-intérêts.

Nous avons parlé dans le chapitre précédent des contrats par lesquels une personne s'engage à exécuter pour le compte d'autrui des travaux de construction. Nous disions

qu'en cas de malfaçon, le créancier était en droit de demander à ce que les travaux soient détruits et refaits selon les termes du contrat, mais qu'à ce principe il y avait d'importants obstacles, dûs à différentes raisons. La même question se présente dans notre cas ; le juge peut ordonner au débiteur de refaire les travaux mal faits et, à défaut, autoriser le créancier à faire exécuter les travaux aux frais du débiteur défaillant (1). Mais bien qu'en pure logique il semblerait que ces travaux puissent être faits par un autre que le débiteur, dont la compétence personnelle n'a pas été l'objectif principal de la convention, il y a des cas où, pour des motifs sérieux, le juge peut refuser le remplacement. Ainsi, il se peut que les malfaçons invoquées pour la réfection des travaux, ne soient pas importantes, et ne menacent pas la solidité de l'édifice (2) ; ou bien, les travaux de démolition et de réfection nécessiteraient une dépense exagérée, par rapport au préjudice subit, et il ne serait donc pas équitable de condamner le débiteur à autre chose qu'à des dommages-intérêts (3). Beaucoup d'auteurs et récemment M. Marcille (4) se sont indignés, et ont adressé de vives critiques à cette Jurisprudence, et en forgeant des hypothèses d'école, ils l'ont accusé de méconnaître les droits du créancier. Mais on ne peut valablement soutenir que la même Jurisprudence, qui se montre impitoyable envers le débiteur dans la pratique des astreintes,

(1) Cas. Req. 14 mars 1899 (D. P. 99.1.445).

(2) Cas. Civ. 2 fév. 1904 (D. P. 1904.1.271). Req. 25 janvier 1904 (S. 1908.1.323). Req. 31 octobre 1906 (D. P. 1907.1.135).

(3) Lyon 14 juin 1860 (J. G. Sup. t. II. V. Obligation N° 241, note 1). Req. 23 mars 1909 (D. P. 1910.1.343).

(4) *Op. cit.* p. 42.

puisse lui être favorable au détriment du créancier, par pur esprit arbitraire.

C. — *Obligation de ne pas faire.* — Nous avons vu que le juge agit avec beaucoup de modération quand il s'agit d'obliger le débiteur à détruire ce qui a été fait contrairement à la convention. En effet, il se peut que cette mesure soit matériellement impossible, ou tout au moins difficilement exécutable, comme par exemple le cas où elle représenterait une dépense trop élevée par rapport au préjudice éprouvé, ou bien, quoique possible matériellement, elle serait impossible juridiquement parlant, en ce sens qu'elle porterait atteinte aux droits valablement acquis par les tiers. Il en sera de même lorsque l'on demandera au juge en cas de refus du débiteur, de faire détruire par un autre que lui, et à ses frais, ce à quoi il a contrevenu. Un arrêt très important de la Cour d'Appel d'Aix, en date du 18 mars 1914 (S. 1920.2.82) nous montre les difficultés rencontrées par le juge, et les raisons d'ordre pratique auxquelles il a dû obéir pour refuser la démolition. Il s'agissait dans l'espèce d'un locataire d'un immeuble au profit duquel il existait une servitude non aedificandi sur laquelle le preneur avait compté en tant qu'accessoire au bail. Une société hôtelière propriétaire du fonds servant, avait acquis le fonds dominant, pour éteindre ainsi la servitude et pouvoir construire un hôtel moderne, ce qu'elle commença à faire. Le locataire invoquant la garantie à laquelle il avait droit, demanda la démolition, et par appel incident, d'être autorisé à procéder à la démolition aux lieu et place du débiteur. Le Tribunal, puis la Cour d'Appel l'en déboutèrent en lui accordant uniquement des dommages-intérêts, pour

le préjudice réellement éprouvé. Des raisons impérieuses avaient motivé cette façon de juger. En effet, la démolition des travaux aussi importants que peuvent l'être la construction d'un grand hôtel s'élevant à plusieurs millions de dépenses, aurait été contraire à l'équité. D'autant plus que les intérêts d'un tiers étaient engagés, ceux du locataire de l'hôtel en question. Nous lisons dans les attendus de la Cour, que si la démolition peut avoir une raison d'être lorsque la « destruction est demandée par un propriétaire d'immeuble, à un autre propriétaire, c'est-à-dire lorsque la contravention à l'engagement est susceptible d'avoir dans l'avenir des conséquences dommageables irréparables, définitives pour l'un des immeubles, il ne saurait en être de même lorsque c'est un simple locataire qui se plaint d'un trouble de sa jouissance, provenant d'une construction faite indûment par le propriétaire ; qu'il est manifeste, en effet, qu'une semblable faculté accordée au preneur serait susceptible d'autoriser les plus graves abus, puisqu'il suffirait à tout locataire, même à celui dont le bail serait sur le point de prendre fin, et dont pour cette raison la privation de jouissance partielle des lieux loués serait à peine appréciable, de demander, pour être assuré de l'obtenir, la démolition de travaux représentant plusieurs millions de dépense, ce qui serait manifestement contraire à toute notion d'équité ».

Il faut reconnaître que ce souci de concilier les intérêts en présence justifie largement la confiance que nous faisons à la Jurisprudence en lui accordant un pouvoir souverain d'appréciation et que les craintes qui ont ameuté certains auteurs ne sont pas justifiées.

SECTION II

*Contrats ayant un objet incorporel : L'accomplissement
d'un acte juridique.*

Il s'agit là de la promesse faite par une personne d'accomplir un acte ; par exemple, la promesse faite par un vendeur de vendre un objet à l'acheteur. On le voit, il n'est plus question de l'exécution d'un contrat consistant à donner ou faire une prestation matérielle, mais de l'exécution consistant en la conclusion d'un contrat. Supposons que celui qui promet, refuse de passer le contrat, peut-on le forcer par voie de contrainte à conclure l'acte, en d'autres mots l'exécution forcée directe est-elle possible ? Elle n'est pas à priori impossible, mais dans la plus grande partie des cas, ce serait agir avec violence, et, si d'autre part on employait l'astreinte, on risquerait l'échec. Il vaut mieux chercher un moyen indirect qui donnera la même satisfaction au créancier : le remplacement de l'activité du débiteur, moyen que nous classons parmi les modes d'exécution en nature. Il ne s'agit plus de changer de débiteur, c'est-à-dire de remplacer le contrat primitif par un nouveau, mais en laissant le même débiteur, trouver un moyen technique pour suppléer à sa carence, et qui puisse remplacer le contrat promis.

L'autorité à laquelle on devra s'adresser sera toujours le juge devant lequel on invoquera la non-exécution de la promesse de contracter, et le juge, tout en ordonnant au débiteur d'avoir à exécuter dans un délai déterminé, prendra des mesures pour l'avenir, en décidant, s'il y a lieu, que son jugement tiendra lieu d'acte. Au point de vue de

la garantie, le jugement ne souffre aucune critique, il vaut l'acte notarié, et à plus forte raison l'acte sous-seing privé. Mais cette pratique est-elle régulière ? Peut-on se passer si facilement de la volonté d'un des contractants, et dire : s'il refuse de conclure le contrat, il suffit que je le veuille pour que l'on y supplée par décision de justice ; Evidemment, s'il s'agissait d'un contrat à créer de toute pièce, cela ne serait guère possible. Mais dans notre cas, le contrat n'est pas nouveau, il y a eu une ébauche de contrat, une esquisse contenue dans la promesse de contracter ; il y a eu déjà en quelque sorte un contrat préliminaire. L'idée du contrat existe, et la personne qui a promis s'est engagée définitivement ; le bénéficiaire de la promesse a compté sur cet engagement, et la conclusion du contrat futur est toute normale ; il ne s'agit plus que de matérialiser ce qui a été conçu antérieurement. Le jugement qui remplacera l'acte que le débiteur a promis, considérera que le consentement de ce dernier n'a pas varié, et suppléera à sa manifestation. C'est donc pour nous un moyen technique assurant l'exécution en nature, tirée du pouvoir d'appréciation des tribunaux, et non une application de l'effet rétroactif de la condition, contracter plus tard, qui se trouve fictivement réalisée (1). Si l'on décompose, par exemple, la promesse de vente, la pratique du jugement remplaçant la réalisation volontaire de cet acte, est juridiquement justifiable. Le futur vendeur promet de vendre ; cette promesse tout en ne créant qu'un droit personnel au bénéficiaire, lie définitivement le promettant ; le bénéficiaire déclare accepter ;

(1) Massin. *Op. cit.* p. 345.

la promesse se raffermir et se transforme en vente, avec effet translatif de propriété. Si le promettant ne s'y oppose pas, pas de difficulté ; mais s'il refuse d'exécuter, on peut lui opposer le lien obligatoire né de la promesse dont il ne peut se débarrasser. Le jugement n'aura qu'à constater ceci et consacrer le droit du créancier.

Pothier dans son *Contrat de Vente* (1) relativement à la promesse de vente avait admis ce moyen d'exécution, et il s'exprime ainsi : « d'un autre côté on dira que la règle *nemo potest cogi ad factum* et celle que les obligations quae in *faciendo* consistunt, se résolvant nécessairement en dommages-intérêts, ne reçoivent d'application qu'à l'égard des obligations de faits extérieurs et corporels, telle qu'est l'obligation de celui qui se serait obligé de copier mes cahiers, lesquels faits ne peuvent se suppléer que par une condamnation de dommages-intérêts. Mais le fait qui est l'objet d'une promesse de vendre, n'est pas un fait extérieur et corporel de la personne du débiteur : il peut le remplacer par un jugement comme nous l'avons rapporté, qui ordonnera que, faute par le débiteur de vouloir passer un contrat de vente, le jugement vaudra contrat. Cette opinion paraît suivie dans la pratique comme étant la plus conforme à la fidélité qui doit régner entre les hommes pour l'accomplissement de leurs promesses ».

Malgré le silence du Code, nous ne pensons pas qu'il ait entendu repousser l'opinion de son inspirateur. Le projet franco-italien, code qui est le dernier mot de l'interprétation doctrinale des obligations, pose comme principe géné-

(1) Ed. Bugnet. T. III. N° 479.

ral ; article 25 : « si un contractant ayant promis de conclure un contrat refuse d'exécuter sa promesse, le juge peut, sur la demande de l'autre partie, et pourvu que les conditions requises pour la validité du contrat se trouvent alors réunies, lui assigner un délai pour s'exécuter, après l'expiration duquel la décision vaudra conclusion du contrat. En dehors de ce cas, l'inexécution de l'obligation de conclure ne donne lieu qu'à des dommages-intérêts ». Ce projet se montre donc très large pour l'exécution en nature, mais si cette dernière est impossible, par crainte d'employer la violence, il rejette l'exécution forcée directe pour adopter l'exécution par équivalent. Nous examinerons dans les trois paragraphes différents, les actes juridiques ordinaires, les actes juridiques intuitu personae, et les actes juridiques solennels.

§ 1. — *Actes juridiques ordinaires.*

Il ne sera question dans ce paragraphe, que des promesses se rattachant à deux contrats les plus fréquents, la vente et le louage.

A. — *La promesse de vente.* — Comme le dit le titre même, il s'agit de l'acte par lequel une personne promet de vendre une chose. Elle est distincte de la promesse synallagmatique, réunion de la promesse de vendre et d'acheter, qui d'après l'article 1589 du Code Civil, est considérée comme une vente pure et simple, et dont l'exécution forcée directe, par conséquent est parfaitement possible. Pour la promesse unilatérale qui seule fera l'objet de nos développements, le juge pourra recourir aux procédés de contrainte,

comme par exemple l'astreinte, mais, comme nous le disions plus haut, il est préférable, parce que plus efficace, d'utiliser des moyens indirects d'exécution.

Deux situations peuvent se présenter. Il se peut que l'inexécution provienne du simple refus du débiteur de remplir ses engagements. La Doctrine est unanime pour reconnaître au juge la possibilité de suppléer à la mauvaise volonté du débiteur, en décidant que le jugement intervenant sur la contestation allait tenir lieu d'acte de vente (1).

La Jurisprudence (2) s'est toujours arrogé ce droit ; elle condamne le débiteur à exécuter directement dans un délai déterminé, faute de quoi elle déclare que son jugement tiendra lieu de vente.

Il se peut que le promettant ne se borne pas à refuser de contracter, mais que bien plus il passe un contrat avec un tiers au mépris de la promesse. Le tiers est-il responsable, et peut-il voir anéantie son opération ? Comme, avant l'acceptation, la promesse ne crée qu'un simple droit de créance (3), et n'opère par conséquent pas transfert du droit de propriété opposable erga omnes, elle n'est par rapport au tiers qu'une res inter alios acta. Dans ce cas, le bénéficiaire de la promesse de vente ne pourra obtenir qu'une réparation pécuniaire, les dommages-intérêts (4). Mais, conformément aux principes généraux, si ce tiers a eu con-

(1) Il faut en juger de même pour la promesse d'échange, la jurisprudence assimilant ce contrat à celui de vente. En ce sens : Poitiers 21 décembre 1885 (D. P. 87.2.43).

(2) Appel Amiens, 16 juin 1841 (S. 44.2.263) Req. 18 mars 1912 (D. P. 1913.1.198). Contra : Amiens 24 août 1839 (S. 43.2.403).

(3) Nancy 2 mars 1889 et Paris 28 janvier 1935 (*Gaz. Pal.* 1935.1.592).

(4) Demogue *Revue Trim. D. C.* 1906, pp. 257-258.

naissance de l'existence de la promesse de vente, si en un mot il a été de mauvaise foi, la vente consentie à son profit doit tomber : *fraus omnia corrumpit* (1). Ainsi un arrêt de la Cour d'Appel de Lyon en date du 6 juillet 1883 (D. P. 85.2.259) a annulé la vente, pour la raison que l'acquéreur, quoique ayant transcrit son titre, conformément à la loi, avait connu la promesse de vente adjointe à un bail par la mention portée dans son acte d'acquisition.

B. — *Promesse d'achat.* — Peut-on raisonner de la même façon pour la promesse d'achat et dire qu'à défaut par le promettant de passer l'acte d'achat, le jugement à intervenir y tiendra lieu ? Il ne nous a jamais été donné de rencontrer une décision comprenant cette solution ; est-il vrai que la promesse d'achat est beaucoup plus rare que celle de vente. Comme la promesse d'achat est pendante à celle de la vente, nous ne voyons pas pourquoi nous lui ferions subir un régime différent ; les deux contractants doivent être tenus sur pied d'égalité. Par conséquent, si le promettant refuse d'acheter, le bénéficiaire s'adressera aux tribunaux qui, comme pour la promesse de vendre, condamneront s'il y a lieu le promettant à passer l'acte dans un délai déterminé, faute de quoi, le jugement tiendra lieu. Quant au recouvrement du prix de vente, il se fera par les moyens de voie d'exécution ordinaire, mise à la disposition du vendeur, lequel pourra se libérer de la chose, au cas où l'acheteur refuse de prendre livraison, en la consignant, si c'est un objet mobilier, ou en demandant la mise sous séquestre aux frais de l'acheteur, si c'est un immeuble.

(1) Planiol et Ripert t. 10. N° 179. Dautriche thèse p. 118.

C. — *Pacte de préférence.* — Le pacte de préférence est un contrat par lequel une personne promet, pour le cas où elle se déciderait de vendre, de donner la préférence à telle personne, le prix devant être déterminé par celui qu'offrirait le tiers, acheteur éventuel. On peut appliquer le même raisonnement que pour la promesse de vente, en déclarant possible l'exécution en nature au cas d'inexécution volontaire. « A défaut de réalisation de cette vente, devant M^e X..., notaire, dans le délai d'un mois à partir du présent arrêt, la décision de la Cour tiendra lieu de vente au profit des appelants » (1). Mais, d'après la définition même du pacte de préférence, l'exécution de la part du promettant ne résulte pas du simple refus de passer l'acte, elle est doublée d'une vente au profit d'un tiers, ce qui va rendre notre solution plus délicate, souvent même impossible. Peut-on rendre opposable le pacte de préférence à l'égard des tiers ? S'il s'agit d'une vente forcée, une vente sur saisie, comme la saisie est d'ordre public, et ne doit être entravée sous aucun motif, le bénéficiaire ne peut demander l'adjudication à son profit ou l'insertion au cahier des charges d'un dire imposant à l'adjudicataire de se dessaisir à son profit (2). « Ce que ne peut faire le cahier des charges, c'est modifier les conséquences d'ordre public d'une adjudication judiciaire, et dès que la vente est faite par autorité de justice, nous pensons que l'acquéreur ne peut être tenu à respecter un pacte de préférence » (3).

(1) Appel Limoges, 5 juin 1899 (D. P. 1903.2.41) confirmé par Cas. Req. 15 avril 1902 (D. P. 1903.1.38).

(2) Appel Lyon 22 nov. 1927 (D. P. 1928.2.151) : Même solution en cas d'indivision, lorsque l'adjudication est faite au profit d'un tiers.

(3) Bretillard : Le pacte de préférence, p. 75.

S'agit-il d'une vente volontaire faite amiablement ou sur adjudication, il est unanimement admis tant en Doctrine qu'en Jurisprudence, que le pacte de préférence ne consacre au bénéficiaire qu'un simple droit de créance qui est à l'égard des tiers acquéreurs reste *inter alios* (1). « Cela doit être à plus forte raison sous la législation actuelle, fondée sur le système de la publicité des actes. Attribuer à ce droit de préférence, l'exercice de l'action réelle, ce serait donner naissance aux conséquences les plus désastreuses, parce qu'il serait impossible de les éviter » (2).

Bien entendu, le tiers de mauvaise foi n'est plus intéressant et son droit doit s'effacer devant celui du bénéficiaire du pacte. Ainsi, d'après la Chambre des Requêtes, par arrêt du 12 janvier 1926 (S. 1926.1.183), on peut annuler une vente faite au mépris d'un pacte de préférence, si le vendeur, de concert avec l'acheteur, a caché au bénéficiaire les très longs délais de paiement qu'il lui a accordés, dans le but de le détourner de la vente. Dans ce cas, une fois la vente irrégulière anéantie, le juge ordonnera l'exécution directe par le débiteur dans un certain délai, passé lequel, le jugement remplacera l'acte de vente (3).

D. — *Promesse de bail*. — Quoique bien moins fréquente que la promesse de vente, la promesse de bail donne lieu à exactement les mêmes solutions, les deux promesses n'engendrant qu'un simple droit personnel de créance. La promesse synallagmatique de bail vaut bail, et pourra faire

(1) Agen 1^{er} février 1869 (S. 69.2.141) Civ. 9 juillet 1831 (S. 34.1.741) Caen 9 mars 1866 (S. 66.2.276) Contra. Riom 30 juin 1843 (D. P. 45.2.158).

(2) Toulouse 6 nov. 1825 (S. 25/27.2.145).

(3) Limoges 5 juin 1899 précité (D. P. 1903.2.41).

l'objet des mêmes moyens d'exécution que le bail ; par exemple il pourra être imparti au bailleur un délai d'exécution, sous peine d'astreinte (1).

Quant à la simple promesse unilatérale de bail, le juge ordonnera au bailleur de passer l'acte convenu, dans un délai déterminé, faute de quoi, le jugement tiendra lieu de contrat de bail, ce qui est un « moyen légal d'exécuter cette obligation, sans imposer à X..., une contrainte personnelle, et loin de violer l'article 1142 du Code Civil » (2). Si la promesse de bail a été constatée par un projet « minutieusement dressé, prêt à recevoir les signatures » et qu'elle a été certaine, le juge peut déclarer que, faute par le bailleur de passer un bail écrit, ce projet tiendra lieu de contrat, avec toutes les conséquences découlant du bail (3). Comme pour la promesse de vente, l'exécution en nature de la promesse de bail ne doit pas froisser les droits valablement acquis par les tiers, à moins que ces derniers ne fussent de mauvaise foi, ce qui arrivera quand il auront passé un autre acte, vente ou louage, en ayant connu la promesse qui aurait dû primer leur acte juridique (4).

§ 2. — *Actes juridiques conclus intuitu personae.*

Le principe de l'exécution en nature se trouve écarté pour ces actes conclus intuitu personae, c'est-à-dire, en considération des qualités personnelles des contractants.

(1) Cas. Req. 21 mars 1921 (D. P. 1921.1.166).

(2) Cas. Req. 11 juin 1925 (*Gaz. Pal.* 1925.2.436).

(3) Cas. Req. 28 janvier 1924 (D. H. 1924. 121).

(4) Appel Paris 30 avril 1918 (*Gaz. Pal.* 1918/1919.1.260) et Cas. Req. 7 mai 1928 (semaine juridique 1928, p. 749).

A. — *La promesse de société.* — Comme toute promesse de contrat, la promesse de société, pour être valable, devra contenir les éléments essentiels du contrat de société, et en plus, suivant les cas, remplir les formalités exigées par la loi (1). Mais, contrairement à ce qui se passe pour la vente, le louage, contrats en quelque sorte objectifs, le contrat de société, que ce soit une société de personnes, ou de capitaux, a comme fondement, l'esprit de collaboration en vue d'une communauté d'intérêts. Nous avons vu dans notre précédent chapitre que l'exécution forcée directe était presque impossible. L'exécution en nature, pour préciser le remplacement de l'acte de société à conclure volontairement par le jugement qui tiendrait lieu, est irréalisable. L'engagement du promettant est bien entendu obligatoire ; le jugement, comme pour la vente pourrait donc passer outre, sans changement de volonté, en tant que volonté de contracter (2), mais la vente est un contrat en quelque sorte instantané, et une fois le jugement déclarant le contrat conclu, la situation juridique est simplifiée. Il n'en est rien pour le contrat de société ; une fois le contrat conclu ou réputé conclu, c'est à peine alors que débute la société ; elle implique une collaboration active, plus ou moins continue, que le juge ne saurait imposer. Les tribunaux ne pourront donc s'assumer la charge de faire continuer la société ; il faudra qu'ils se bornent à déclarer l'inexécution de la promesse, et accorder une réparation pécuniaire au

(1) Toulouse 22 juin 1872 (D. P. 72.2.156).

(2) Voir Matulesco : De la promesse de société, p. 69.

bénéficiaire. La jurisprudence est unanime sur ce point (1). Un arrêt récent de la Cour d'Appel de Paris en date du 29 juin 1932 (D. P. 1934.2.129) examine un point intéressant. Il s'agissait d'un contrat de prêt, l'emprunteur ayant consenti au prêteur des fonds, le droit de réclamer à son choix, le jour de l'échéance, soit le remboursement des deniers prêtés, soit la conversion de sa créance, en une part en commandite. L'arrêt, tout en adoptant implicitement la décision du Tribunal de première instance, en ce que la promesse de société rendue inexécutable par le refus du promettant, doit se résoudre en dommages-intérêts, sans que le jugement tienne lieu d'acte de société, a considéré l'option du créancier, comme équivalent d'ores et déjà à la constitution de la société définitivement réalisable par voie d'option, sans que le tribunal puisse y mettre obstacle.

Nous voyons d'une part que s'il n'y avait eu qu'ébauche de société sous forme de promesse, le juge se serait gardé d'intervenir dans la conclusion du contrat, et que, d'autre part, l'intuitus personae varie suivant le contrat, la société en commandite simple n'impliquant pas une collaboration active ; l'affectio societatis étant rejeté au deuxième plan, permettrait donc l'exécution directe du contrat.

B. — *Contrat de travail.* — Le contrat de travail repose lui aussi sur l'existence de rapports plus ou moins amicaux entre patrons et employés. D'après un arrêt de la Chambre Civile du 16 novembre 1927 (D. P. 1928.1.33), la non-réalisation d'une promesse d'embauchage ne donne lieu qu'à

(1) Cas. Req. 19 fév. 1907 (D. P. 1920.1.517). Colmar 20 janvier 1931 (D. H. 1933, S. 35).

une indemnité dite de « non-embauche ». Il s'agissait dans l'espèce d'ouvriers étant congédiés pour avoir pris part à une grève contre la maison, auxquels un des directeurs mandataire avait promis de les reprendre. La reprise de ces ouvriers aurait occasionné une situation tendue entre patrons et ouvriers, et c'est ce que les tribunaux ont voulu éviter.

C. — *La clause compromissoire.* — La clause compromissoire est la convention par laquelle les parties décident de s'en remettre à des arbitres pour les litiges qu'éventuellement un contrat occasionnerait. Si l'une des parties refuse d'exécuter son obligation, à supposer que la clause soit muette sur ce point, peut-on procéder par voie de justice, à la nomination des arbitres ? La solution affirmative a été consacrée par le législateur, concernant l'assurance maritime (1) et le contrat collectif de travail (2) ; de même, la loi du 30 juin 1926 sur la propriété commerciale, mais pour cette dernière, il s'agit d'une obligation légale et ne résultant pas d'une clause compromissoire.

La question reste debout pour la clause compromissoire en général, car la loi du 31 décembre 1925 qui l'a organisée en matière commerciale, passe sous silence ce point. Les travaux préparatoires nous révèlent que la commission de législation civile du Sénat avait proposé un texte d'après lequel, en cas de refus d'une partie d'exécuter, l'autre pouvait obtenir par voie d'ordonnance rendue sur requête, par

(1) Code de Commerce : art. 332, 631 et 633 ; Cas. Req. 27 nov. 1860 (S. 62. 1.159) ; Cas. Civ. 21 fév. 1887 (S. 87.1.273).

(2) Code du Travail art. 31. x.

le Président du tribunal de commerce, la nomination des arbitres ; mais pour plus de rapidité dans le vote de la loi, ce texte fut abandonné. C'est pourquoi des auteurs se fondant sur l'ancien brocard : « qui dicit de uno de altero negat », refusent dans l'état actuel de la Jurisprudence la nomination d'office d'un arbitre (1). La jurisprudence est également en ce sens. Par deux fois le tribunal de commerce de Marseille (2) a refusé la nomination des arbitres, et s'est bornée à l'allocation de dommages-intérêts en faveur du demandeur.

Nous pensons que les tribunaux malgré le silence de la loi, peuvent valablement ordonner à la partie défaillante d'avoir à exécuter dans un délai déterminé, sous peine d'astreinte, ou bien à défaut de choix volontaire de procéder d'office à la nomination des arbitres. Choisir tel arbitre, c'est lui accorder confiance, c'est prendre en considération sa capacité et sa compétence ; mais souvent, ce choix est restreint, les Chambres de Commerce des villes importantes, ayant leurs arbitres agréés. Que ce soit la partie ou le juge qui le nomme, cela revient dans ces cas au même. Un arrêt de la Cour d'Appel d'Aix, du 17 novembre 1932 (D. H. 1934. 91) semble confirmer notre doctrine. Il s'agissait d'une clause compromissoire stipulant que les contestations concernant l'exécution du contrat seront soumises à l'arbitrage de la commission de la London Trade Association. La Cour décida « que cette clause compromissoire est obligatoire pour les parties ; que la loi du 31 décembre 1925 modifiant l'ar-

(1) Leray : L'arbitrage et la loi nouvelle sur la clause compromissoire.

(2) Le 2 février 1927 (*Gaz. Pal.* 1927.1.598) le 24 mai 1934 (D. H. 1934.472).

ticle 631 du Code de Commerce, serait lettre morte et dénuée de toute portée si par la volonté de l'une des parties, les engagements pris par elle en conformité d'icelle ne pouvaient être exécutées dans l'esprit où la loi est intervenue, et où les parties en ont décidé l'application ; qu'il ne saurait s'agir en l'état de transformer en dommages-intérêts, un refus d'application de la clause compromissaire, par celui qui en a accepté par avance la mise en jeu, mais de décider que cette acceptation de ladite clause, oblige les parties qui sont tenues d'avoir recours à la procédure organisée par ladite loi du 31 décembre 1925, à laquelle ils se sont librement soumis, sous peine tout d'abord de se voir fermer la porte du prétoire de droit commun ». Comme c'était celui qui avait obtenu la condamnation, qui refusait de recourir à l'arbitrage, le tribunal lui interdisant le prétoire, cette mesure était suffisante pour le forcer à exécuter la clause compromissaire. Si l'on inversait la situation, si celui qui devait normalement être condamné refusait de choisir des arbitres, la mesure de la Cour serait insuffisante. Mais comme le dit l'arrêt « sous peine tout d'abord » de lui interdire le prétoire, ceci nous laisse croire que les juges pourraient prendre au besoin d'autres mesures, comme par exemple l'astreinte.

« Alors même que l'intervention des tribunaux n'aurait pas été prévue par les parties, l'on ne méconnaît le caractère volontaire de l'arbitrage en permettant aux juges de nommer des arbitres au lieu et place de la partie qui se refuse à passer le compromis. On ne fait ici, au contraire que se conformer à la volonté des intéressés qui ont décidé de recourir à ce mode de règlement des litiges. Cette solu-

tion paraît plus conforme non seulement aux exigences de la bonne foi, mais encore au rôle du juge tel qu'on le conçoit dans les législations modernes. La fonction du juge ne se borne pas à dire le droit ; il doit prendre toutes les mesures utiles, à l'effet d'assurer le triomphe du droit dont il reconnaît l'existence ; dans ce but il peut enjoindre, ordonner, au besoin toutes les fois que cela est possible sans contrainte personnelle, substituer sa volonté à celle du débiteur défaillant (1).

D. — *Nomination d'expert.* — Toute proche de la clause compromissaire, est la nomination d'expert pour la fixation du prix de la vente. Le vendeur et l'acheteur d'un commun accord décident, quant à la détermination du prix, de s'en remettre à l'arbitrage d'un tiers selon les termes inexacts du Code Civil, à un expert selon les termes non moins inexacts de la Jurisprudence. Si l'une des parties refuse de participer à la désignation du tiers évaluateur, l'autre partie peut-elle demander sa nomination par le tribunal ? En raisonnant comme pour l'arbitrage, on pourrait dire qu'aucun obstacle ne s'oppose à ce que le juge fasse ce que la partie défaillante aurait pu faire. Mais la Doctrine (2), à l'exception de Duvergier (3), n'admet pas la substitution du juge à la volonté des contractants. Elle invoque les articles 1591 et 1592 du Code Civil, d'après lesquels le prix étant une condition essentielle du contrat de vente, il doit être fixé

(1) Morel : Clause compromissaire. Rev. Crit. de légis. et Jur. 1926 p. 530.

(2) Aubry et Rau. *Op. cit.* t. V. § 349 p. 16 ; Note 29. Guillouard : Vente t. I, p. 121. Baudry et Sagnat : Vente t. XIX p. 136. Planiol et Ripert : *Op. cit.* t. X N° 39.

(3) Duvergier continuant Toullier t. I. N° 153.

volontairement, l'évaluation par un tiers n'intervenant que tout à fait exceptionnellement. « De même qu'il ne peut y avoir lieu au remplacement judiciaire de l'expert désigné par les parties, de même il ne peut y avoir lieu à la nomination judiciaire que l'une des parties refuse de nommer (1) ». La Jurisprudence s'est engagée également dans cette voie. « Attendu dit-elle quant aux prix qu'il doit être en principe déterminé par les parties ; qu'il peut par exception être laissé à l'arbitrage d'un tiers ; attendu qu'il résulte de ces règles tendant à la fermeté et à la fixité du prix que cet élément essentiel, objet de toute attention du législateur, ne peut être livré à la mobilité et à l'incertitude de la volonté des contractants, ce qui aurait pour résultat final et fréquent de charger les tribunaux de désigner l'expert devant fixer le prix, toutes les fois que les parties n'ayant pas déterminé le prix du contrat, ne voudraient ou ne pourraient s'entendre sur le choix d'un expert » (2). Certaines décisions vont même plus loin ; elles refusent de considérer cette convention obligatoire parce qu'« incomplète, inachevée, potestative, sans existence légale », l'inexécution n'entraînant même pas une condamnation à des dommages-intérêts (3). Nous croyons qu'il y a là une exagération. Que le prix soit une des conditions essentielles de la vente, cela ne fait pas de doute, que la convention passée à la légère, sans envisager la détermination du prix soit déclarée inexistante, cela est également normal, mais tel n'est pas le cas pour deux

(1) Guillouard : *Op. cit.* p. 121.

(2) Appel Rennes 20 janvier 1876 (S. 77.1.165).

(3) Appel Dijon 15 décembre 1881 (S. 82.2.238). Bordeaux 6 février 1878 (S. 78.2.287).

personnes étant décidées à passer un contrat de vente, qui, en raison de la difficulté de fixer le prix, s'en remettent à un tiers ; les deux personnes ont entendu passer un contrat obligatoire. Il suffirait à celui qui voyant tourner l'affaire à son désavantage, de refuser de choisir un évaluateur pour faire tomber le contrat, et s'en tirer sans aucune perte. L'article 1592 du Code Civil : « si le tiers ne veut ou ne peut faire l'estimation, il n'y a point de vente », défend de procéder à la nomination d'un nouvel évaluateur parce que, ou bien la fixation du prix est impossible, ou bien parce que le tiers qui n'est jamais tenu d'accepter, refuse. Mais il s'agit là de nommer une personne autre que celle qui a été choisie par les parties qui ont fait leur devoir, ce qui n'est pas pareil au cas de nomination par le tribunal, en raison de la mauvaise volonté de la part d'un des contractants. Nous pensons donc que rien n'interdit au créancier d'obtenir par ordonnance sur requête, la nomination de l'évaluateur, d'autant plus que les auteurs adversaires de cette doctrine, l'admettent lorsque les parties ont convenu d'avance que le choix serait confié au tribunal. Ne peut-on pas dire que dans tous les cas, il y a eu engagement tacite de s'adresser aux tribunaux pour obtenir l'exécution exacte de ce qui fait l'objet du contrat ?

§ 3. — *Actes juridiques solennels.*

Nous rangeons dans ce paragraphe les promesses relatives aux offices ministériels qui, tout en n'étant pas à proprement parler des actes solennels, n'en requièrent pas moins des formalités spéciales, et la promesse d'hypothèque.

A. — *Cession d'offices ministériels*. — L'Office ministériel est une charge qui, tout en tombant dans le commerce, n'en conserve pas moins une nature spéciale, en raison du droit d'agrément par le gouvernement et les opérations juridiques qui la concernent, ont elles aussi une teinte toute différente de celle des autres actes de la vie courante.

Un officier ministériel promet à un autre de lui céder sa charge, de le présenter à l'agrément du gouvernement comme son successeur, et ce, soit à titre gratuit, soit moyennant argent ; s'il se refuse de remplir volontairement son engagement et si l'exécution forcée est sans résultat, peut-on remplacer l'acte de cession par une décision judiciaire ? L'inverse est possible. Une personne qui promet d'acheter un office ministériel et qui s'y refuse, peut-on suppléer à sa carence par décision de justice ? Les auteurs (1) qui ont étudié la question se prononcent pour l'affirmative. Pour eux, le tribunal devra prononcer deux condamnations : une condamnation ferme afin qu'à défaut d'exécution le jugement tienna lieu d'acte de cession et une condamnation éventuelle à des dommages-intérêts pour le cas où le gouvernement refuserait d'accorder l'investiture. La jurisprudence n'entend pas suivre ce système. A part un arrêt de la Cour d'Appel de Bordeaux (2) condamnant à passer l'acte public dans les 15 jours, faute de quoi l'arrêt tiendra lieu dudit acte, mais qui à vrai dire concernait une charge de greffier, qui n'est pas un officier ministériel, l'unanimité des déci-

(1) Massin *Op. cit.* pp. 346-349 ; Meynial : *Op. Cit.* pp. 22-24.

(2) 7 mai 1834 (S. 35.2.177).

sions (1) refuse de substituer le jugement à l'acte volontaire, Elles se bornent à allouer des dommages-intérêts aux créanciers par ce motif, « qu'une vente de la nature de celle dont il est question est, par un intérêt général et public subordonnée à une condition suspensive sans l'accomplissement de laquelle elle ne peut être mise à exécution ; qu'elle doit toujours être soumise à l'approbation du gouvernement qui peut la faire tomber en n'acceptant ni le candidat qui lui est présenté pour remplir les fonctions qu'il s'agit de conférer, ni même les conditions imposées à ce candidat (2) ». En effet, à quoi servirait de remplacer la volonté du promettant par une décision judiciaire, alors qu'il semble difficilement concevable que le gouvernement puisse accorder l'investiture à celui qui refuse d'être notaire, ou à celui dont le titulaire actuel refuse de céder sa place ?

B. — *Promesse d'hypothèque.* — Il s'agit de savoir si l'exécution en matière d'une promesse d'hypothèque est possible, si on peut, par exemple, en cas de refus du débiteur d'exécuter, de remplacer l'acte par un jugement à intervenir, tout en tenant compte que le contrat d'hypothèque est un des rares contrats pour lequel la loi exige des formalités à peine de nullité.

Si la promesse d'hypothèque a été contenue dans un acte notarié, nous pensons que l'exécution en nature est parfaitement possible ; le créancier s'adressera aux tribunaux qui

(1) Agen 6 janvier 1836 (S. 36.2.65) Agen 18 août 1836 et Aix 5 janv. 1830, sous Cas. 4 janv. 1837 (S. 37.1.445) Trib. Amiens 12 août 1844 (S. 45.2.37) Lyon 5 juil. 1849 (S. 50.2.69) confirmé par Cas. Civ. 26 mai 1851 (S. 51.1.431) Lyon 22 mars 1850 (S. 50.2.259) Civ. 11 nov. 1857 (D. P. 57.1.417).

(2) Lyon 5 juillet 1849 précité.

par jugement pourront déclarer que le projet de contrat tiendra lieu de contrat constitutif d'hypothèque.

La question devient plus délicate si la promesse n'a été faite que par acte sous seing privé, car à première vue, la condition exigée par la loi, que l'hypothèque conventionnelle soit rédigée par acte notarié, ne serait pas respectée.

Il est évident que si l'acte sous seing privé ne contient pas une simple promesse, mais une constitution directe d'hypothèque, il serait sans aucun effet (1). Mais si par contre il s'agit d'une simple promesse de constituer plus tard une hypothèque, la Jurisprudence admet la validité d'un pareil engagement qui oblige celui qui l'a fait à le réaliser (2). Mais les décisions s'arrêtent là et n'ordonnent jamais qu'à défaut d'exécution le jugement tiendra lieu de contrat d'hypothèque ; et certains auteurs (3) approuvent cette façon de voir. Nous pensons avec MM. Massin (4) et Meynial (5) que le jugement présente les mêmes garanties que l'acte authentique et que dès lors il peut efficacement le remplacer. Ce, d'autant plus, qu'il est constamment admis que l'acte sous seing privé contenant constitution directe d'hypothèque, lorsqu'il a été déposé entre les mains du notaire, emporte constitution valable d'hypothèque au jour du dépôt. Probablement la Jurisprudence, en refusant d'assurer les fonctions du notaire, n'a pas voulu prendre pour elle la lourde responsabilité qui incombe à ce dernier.

(1) Cas. Civ. 27 août 1844 (S. 44.1740).

(2) Appel Pau 16 juillet 1852 (S. 52.2417). Cas. Req. 5 novembre 1860 (S. 61.1858).

(3) Planiol et Ripert : *Op. cit.* t. X N° 445. Aubry et Rau : *Op. cit.* t. III § 266 p. 466. Baudry et Loyens t. II, N° 1407. 1.

(4) *Op. cit.* p. 355-356.

(5) *Op. cit.* p. 26.

CHAPITRE III

Exécution en nature dérivée.

Nous employons les termes exécution en nature « dérivée », car, à proprement parler, nous ne sommes pas là en face d'une exécution en nature. En effet, il ne s'agit pas d'une exécution, mais de modes particulières de réparation d'un préjudice causé, à la suite d'inexécution d'un contrat. Aussi bien pour le laisser pour compte, dont l'étude fera l'objet d'une première section, que pour la réparation matérielle dont nous nous occuperons dans une deuxième section, et dont la condamnation ne porte que dans une certaine mesure, sur une somme d'argent, la situation juridique des parties se trouve en quelque sorte modifiée par rapport au contrat primitif. Mais nous avons gardé néanmoins les termes exécution en nature, car ces deux modes de réparation, tout en n'y faisant pas partie, s'y rapprochent sensiblement, par la satisfaction accordée au créancier de l'exécution en nature, telle que nous l'avons envisagée dans les chapitres précédents.

SECTION I

Le Laisser pour compte.

Comme l'indique son nom, le laisser pour compte est le fait d'abandonner à la charge d'une personne, une chose

qui fait l'objet d'un contrat, pour inexécution de l'engagement, avec l'obligation d'en payer la valeur au créancier. Cet usage se rencontre surtout en matière de transport, comme une sanction à l'encontre du transporteur ayant effectué le transport dans des conditions insuffisantes, et par contre-coup comme un mode de réparation pour le destinataire.

L'expression *laisser pour compte* est employée également dans les rapports entre fournisseurs et acheteurs (1) ; on abandonne au premier la marchandise qui ne remplit pas les conditions prévues par le contrat. Mais il y a là de l'avis de la Jurisprudence, nombreuse en cette matière, et de la Doctrine (2), une application de la condition résolutoire de l'article 1184 du Code Civil ; il s'agit donc de résolution du contrat, que nous laisserons de côté comme étant en dehors du sujet.

Pour le contrat de transport, la question se pose ainsi : le destinataire jugeant que l'objet transporté lui a été livré dans des conditions qui le rendent impropre à l'usage, a-t-il le droit de refuser d'en prendre livraison et de demander sa valeur, alors que, d'après le mécanisme de droit commun, il n'aurait droit qu'à des dommages-intérêts ?

Nous examinerons en premier lieu la Jurisprudence dont les décisions sont fort nombreuses, et ensuite nous nous efforcerons de présenter la nature juridique et la justification de la pratique du *laisser pour compte*.

(1) Cas. Civ. 28 avril 1862 (D. P. 63.1.250) Civ. 3 juillet 1912 (D. P. 1913. 1.110).

(2) Notamment : Marcille : *Op. cit.* p. 74.

A. — *Applications par la Jurisprudence.* — Nous envisagerons séparément les deux causes du laisser pour compte : le retard et l'avarie, en vue d'une meilleure présentation des décisions jurisprudentielles.

a) En ce qui concerne le retard, le principe a été posé par un arrêt de la Cour de Cassation du 3 août 1835 (S. 35.1.817) : « attendu que la loi en gardant le silence sur le mode d'indemnité auquel elle soumet les entrepreneurs de roulage, voituriers entrepreneurs de Messageries, pour le cas où les marchandises sont arrivées tardivement à leur destination, a laissé aux Tribunaux à déterminer cette indemnité, d'après les faits et les circonstances, d'où il suit que dans l'espèce, en choisissant pour régler l'indemnité qui n'était pas contestée, un mode de réparation entre plusieurs autres, la Cour de Nice n'a fait qu'user du droit qu'elle avait ». Il s'agissait dans l'espèce d'un transport de marchandises destinées aux pays nordiques de l'Europe, arrivées trop tard en port de Hambourg, pour pouvoir naviguer sur la mer Baltique fermée à ce moment par les glaces. La Cour avait condamné l'entreprise de commissions à garder la marchandise pour son compte, et à payer la valeur entière.

Mais les tribunaux, aussi bien que les Cours d'Appel ont employé avec beaucoup de modération le laisser pour compte qui, dans bien des cas, tout en apportant une réparation adéquate au créancier, risquerait d'être trop injuste à l'encontre du débiteur. « Le laisser pour compte, dans le cas de simple retard est un mode de réparation d'un caractère exhorbitant, et que les tribunaux ne doivent y recourir qu'exceptionnellement et lorsque le retard rend la marchandise

impropre à l'usage auquel elle était destinée » (1). La notion « d'impropre à l'usage » vient en quelque sorte compléter et tempérer le principe que la Cour Suprême avait formulé d'une façon quelque peu générale. Mais cette notion est assez délicate à fixer, car le retard n'est qu'un vice subjectif de la matière, qui elle, reste telle quelle (2). Il ne cause pas une altération de la chose, mais de l'usage de la chose, ce qui réclame une grande prudence d'examen de la part des juges du fait (3). Il faut que le retard rende la chose telle que le destinataire n'en puisse tirer parti. Ainsi le retard a été admis comme cause du laisser pour compte, parce qu'il s'agissait d'échantillons livrés après beaucoup de retard et ne présentant plus d'utilité pour le destinataire (4) ; ou bien des articles comestibles ont été livrés avec un retard important, alors que l'événement qui avait occasionné la commande était passé (5) ; ou bien parce que ce sont des vêtements livrés trop tard, après la cérémonie qui avait occasionné leur confection (6) ; ou bien il s'agissait d'une livraison tardive de flacons devenus inutilisables parce que « de forme fantaisie devant servir à une vente toute spéciale et de réclame pour les fêtes de Noël et du Jour de l'An » (7). Il arrive aussi que le laisser pour compte soit imposé par le retard excessif dans la livraison d'un transport

(1) Appel Limoges 12 fév. 1904 (B. T. 1904.196).

(2) Si le retard altère la marchandise par exemple du poisson, nous tombons dans les cas d'avaries que nous examinerons plus loin.

(3) Roger : Nouveau manuel juridique des transports t. I, p. 351.

(4) Appel Bordeaux 18 mai 1892 (D. P. 93.2.119).

(5) Appel Limoges 12 fév. 1904 précité.

(6) Trib. Com. Moulins 17 déc. 1907 (B. T. 1908.109).

(7) Appel Caen, 6 avril 1910 (B. T. 1911.46).

de pièces d'auto ayant forcé le destinataire à en acheter d'autres, les nouvelles faisant double emploi (1).

« En matière de laisser pour compte, il ne suffit pas, pour faire écarter cette mesure que les objets litigieux soient toujours propres à l'usage, mais bien à leur usage. A cet égard, une distinction doit être faite entre le fabricant ou le négociant en un article et le consommateur de cet article. Que pour le premier l'objet arrivé en retard est toujours susceptible d'utilisation parce qu'il rentre au reste dans la catégorie des articles de sa vente, alors que pour le second, il peut être complètement inutilisable parce qu'il fait double emploi » (2). Il nous semble inutile d'ajouter quelque chose à ces paroles pleines de bon sens émises par la Jurisprudence que nombre d'auteurs ont traitée à tort d'incohérente et d'exorbitante.

Mais comme nous le disions plus haut, le retard, tel que nous l'envisageons pour le moment, n'altère pas la marchandise, la valeur intrinsèque de la chose ayant fait l'objet du transport (3). La chose existe et il se peut que le retard ne rende pas absolument inutilisable cette marchandise (4). Dans ces conditions, comme c'est le destinataire qui est mieux placé pour en tirer un profit, soit en l'utilisant lui-même, soit en la vendant, il serait injuste d'appliquer le laisser pour compte (5). Ainsi des cigares arrivés et livrés avec du retard peuvent toujours être vendus (6) ; des vête-

(1) Trib. Civ. Mont de Marsan, 25 nov. 1910 (B. T. 1911.95).

(2) Trib. Com. St-Lô octobre 1910 (B. T. 1911.93).

(3) Appel Montpellier 28 déc. 1911 (B. T. 1912.104). Lyon 29 mars 1912 (B. T. 1912.104). Lyon 29 mars 1912 (B. T. 1912.201).

(6) Appel Pau 25 février 1913 (S. 1914.2.206).

(5) Appel Aix 21 août 1872 (D. P. 72.2.182). Colmar 8 avril 1857 (S. 57.2.571).

(4) Trib. Com. Seine 24 nov. 1897 (B. T. 98.398).

ments des effets, des objets de toilette enfermés dans une malle qui arrivent avec plusieurs jours de retard, peuvent toujours servir, le retard n'ayant causé « aucune altération, ni détérioration » (1).

b) La deuxième cause du laisser pour compte, l'avarie va rendre son application plus facile. En effet, l'avarie est un vice objectif de la matière, qui atteint matériellement l'objet et dont la fixation du montant est plus facile que pour le retard pur et simple.

Soit que l'altération de la chose est due au retard (2), soit qu'elle est due à un bris, à un choc produit au cours du transport, il faut qu'elle présente une certaine gravité (3), car la Jurisprudence a toujours considéré le laisser pour compte comme un moyen extrême dont l'usage doit être fait avec prudence. Les juges du fond sont maîtres, en vertu du « pouvoir souverain qui leur appartient pour apprécier le montant du dommage, et déterminer le mode de réparation » (4). Si au cours d'un transport de fûts de vin, il a été soustrait une quantité importante de liquide, soit que le vin a été ou non remplacé par de l'eau, il a été jugé que la marchandise était impropre à l'usage du destinataire et donc susceptible d'être laissé pour le compte du voiturier (5). Il a été jugé de même, pour l'avarie résultant au cours du transport du contact de l'eau avec des super-phosphates qui,

(1) Appel Grenoble 17 juin 1869 (B. A. 70.49) Com. Nantes 3 mai 1882 (B. A. 84.159), Poitiers 22 novembre 1897 (B. A. 98.230).

(2) Besançon 25 août 1906 (B. T. 1906.188), Com. Marseille 4 septembre 1900 (B. T. 1900.775).

(3) Rennes 19 mars 1850 (D. P. 52.2.240).

(4) Cas. Civ. 16 juin 1914 (D. P. 1916.1.152).

(5) Civ. 28 janv. 1884 (D. P. 84.1.338) Com. Dunkerque, 8 fév. 1907. (B. T. 1907.46), Appel Montpellier 7 janvier 1909 (B. T. 1909.60).

a « pour effet de dissoudre l'acide phosphorique, c'est-à-dire une partie fertilisante qui s'évapore ensuite aussi rapidement que l'eau avec laquelle il s'est combiné et de ne laisser dans les sacs d'engrais qu'une marchandise inerte dépourvue de toute activité productrice (1) ». Le laisser pour compte a été également ordonné si une auto, neuve avant le transport, a été rendue par la suite inutilisable au propriétaire, et dont la réparation ne pouvait satisfaire (2), alors même que le voiturier offrait la réparation par le remplacement de la partie détériorée, pour le motif que la machine tout en étant utilisable, était privée de la garantie du fabricant (3), chose importante pour la vente d'appareils mécaniques ; soit que des objets d'art ont été brisés, ce qui leur enlève toute leur valeur (4), soit que des objets en fonte ont été brisés (5), soit que tout simplement la chose ait été perdue au cours du transport (6).

Par contre, il n'y a pas lieu d'imposer au voiturier le laisser pour compte, si la marchandise n'arrive pas au destinataire dans « un état tel qui la rende absolument impropre à l'usage auquel elle devait être affectée » (7) ; si par exemple il ne manque que 6 litres de vin d'un important transport de fûts (8), manquant qui loin d'être imputable au voiturier, peut être considéré comme un « déchet de

(1) Appel Bordeaux 18 nov. 1907 (B. T. 1908.137).

(2) Appel Rennes 28 janvier 1907 (D. P. 1909.2.138).

(3) Trib. Civ. Melle 11 fév. 1911 (B. T. 1911.178).

(4) Trib. Com. Lyon 29 avril 1910 (B. T. 1911.61). Appel Montpellier 8 mai 1912 (B. T. 1912.136) Com. Tourcoing 12 mai 1903 (B. T. 1903.1342).

(5) Com. Seine 19 juin 1914 (B. T. 1917.32).

(6) Civ. 23 mai 1922 (B. T. 1922.67).

(7) Dijon 27 juillet 1899 (D. P. 1900.2.173).

(8) Même arrêt.

route » (1) ; si la perte d'une marchandise n'est que partielle, elle ne peut occasionner un laisser pour compte pour le tout, mais une indemnité représentant la marchandise perdue (2).

De l'examen de cette longue suite de décisions et avant de porter une appréciation sur la valeur du laisser pour compte, concluons que la Jurisprudence s'est efforcée, autant qu'il est possible, d'employer avec beaucoup de modération ce que les auteurs ont appelé une arme terrible. Tout en ne contestant pas ce que le laisser pour compte à d'exorbitant, en ce qu'il impose au débiteur une lourde charge, la Jurisprudence n'a donné satisfaction au créancier que lorsque le transport avait rendu la marchandise, sinon complètement, mais dans une certaine mesure inutilisable pour le destinataire, soit que ce manque d'utilité provient du retard, soit d'une avarie ou altération due au mauvais fonctionnement des moyens de transport. Loin d'être arbitraire, elle s'efforce suivant les circonstances aussi bien de satisfaire aux intérêts du destinataire que de ménager ceux du voiturier.

B. — *Nature juridique ; justification légale.* — Nombreux sont les auteurs qui se sont élevés contre la pratique du laisser pour compte qu'ils jugent exorbitant, néfaste, et non seulement ne reposant sur aucun texte, mais contraire à l'esprit de la loi. C'est une charge trop lourde, s'écrient-ils, pour les Compagnies de transports qui, même sans le laisser pour compte, ont des responsabilités qui grèvent lourdement leur budget.

(1) Com. Marseille 7 septembre 1900 (R. T. 1900.792).

(2) Appel Montpellier 19 mai 1910 (*Gaz. Pal.* 1910.2.250).

M. Dubois qui a étudié longuement la question, et tout récemment M. Marcille ont adressé de vives critiques à la jurisprudence. Le contrat de transport, disent-ils, est un contrat consensuel et comme tel soumis à la règle de l'article 1134 du Code Civil (1), or, le laisser pour compte a pour résultat « de la part du propriétaire d'une marchandise, à contraindre le transporteur à devenir propriétaire à son tour de cette marchandise, en payant la valeur, ce qui n'est autre chose que transformer le contrat primitif de transport, en une vente où le transporteur joue le rôle d'un acquéreur forcé » (2). Ce pouvoir de transformation du contrat sur la demande d'une seule des parties est en dehors de tout accord, et manifestement contraire à l'esprit de l'article 1134 : la convention fait la loi des parties (3). « Le laisser pour compte imposé aux transporteurs par une décision de justice est juridiquement inadmissible » (4).

Nous pensons que, dans le fait de voir le laisser pour compte comme une transformation du contrat de transport en un contrat de vente, il y a une méprise. Il est évident que la situation du voiturier tenu à verser la valeur de la chose, ressemble à celle d'un acquéreur, mais y voir un contrat de vente, c'est aller un peu loin. Où sont les obligations réciproques ? Où est la garantie ? Et si la chose a été perdue, ou complètement détruite au cours du transport, peut-on dire qu'il y a là une vente portant sur un objet existant ? Nous

(1) Dubois. *Op. cit.* p. 100.

(2) *Id.* p. 116 ; Lyon, Caen et Renault : *Traité de droit Commercial* t. 3 n° 31 et n° 614.

(3) Marcille. *Op. cit.* p. 81.

(4) Dubois. *Op. cit.* p. 121.

prétendons que le laisser pour compte n'est pas une vente, qu'il n'y a pas de transformation de contrat en dehors de la volonté des parties et que l'article 1134 n'a pas à intervenir dans notre matière. Ces auteurs ont également soutenu que le laisser pour compte était illégal comme contraire à l'article 1142 du Code Civil, suivant lequel l'obligation de faire se résoud en dommages-intérêts. Le contrat de transports engendrant une responsabilité qui est une obligation de faire, le laisser pour compte ne pourrait être considéré comme une forme des dommages-intérêts. Nous savons à quoi nous en tenir quant à l'interdiction édictée par l'article 1142 de condamner à autre chose qu'à de l'argent, lorsqu'il s'agit d'une obligation de faire. Le laisser pour compte est, disent-ils, de plus contraire aux articles 1149 et 1150 du Code Civil, en ce qu'il néglige de suivre les principes pour l'évaluation du montant de la réparation pécuniaire. Les juges du fait, qui sont libres de fixer le montant des dommages-intérêts, ne le sont plus quant au mode de réparation à choisir pour être plus adéquat. Quant à nous, il nous semble qu'il y a là une affirmation toute gratuite ; car le montant de la réparation est lié au mode de réparation et on ne peut accorder au juge de larges pouvoirs quant au premier et les lui refuser pour le second ; ce sont deux choses intimement liées, que le juge est mieux placé que tout autre pour apprécier (1).

Néanmoins ces deux auteurs reconnaissent le côté pratique du laisser pour compte et si M. Dubois ne l'admet qu'en cas « d'avarie assimilable à une perte totale » ; pour M. Mar-

(1) Voir Cas. Civ. 16 juin 1914 précité (D. P. 1916.1.152).

celle, « la vérité est donc, bien que sans justification juridique possible et guidé uniquement par des considérations d'équité, de nécessités pratiques, la Jurisprudence a cherché à réaliser une exécution aussi voisine que possible de l'exécution en nature (1).

Pour M. Josserand (2), l'explication fournie par certains auteurs (3), suivant lesquels le laisser pour compte repose sur l'usage constant, est insuffisante ; un usage ne peut s'établir à l'encontre de la force des conventions et à l'encontre de la volonté du législateur. Selon M. Josserand, le laisser pour compte repose sur l'article 1184 du Code Civil dont il est une application. A l'appui de sa thèse, il cite les lignes que revêt dans la pratique judiciaire le laisser pour compte : tout d'abord le laisser pour compte doit être demandé au tribunal qui peut, suivant l'espèce, l'autoriser ou le refuser ; deuxièmement, il faut que l'avarie et le retard, les deux causes du laisser pour compte présentent une certaine gravité qui rende la chose impropre à l'usage dont le juge est le maître ; et finalement, possibilité d'allouer en plus des dommages-intérêts, comme le prévoit la formule de l'article 1184 (4). Ce sont là des conséquences incontestables, mais qui pourtant ne reposent pas sur l'article 1184 du Code Civil. Qu'il faille s'adresser au juge, que ce dernier ait un large pouvoir d'appréciation, qu'il puisse en outre allouer des dommages-intérêts, ce sont là des conséquences du fait

(1) Marcille : *Op. cit.* p. 86.

(2) Josserand : Des Transports n° 619 et 620 ; même sens Lucienne Ripert, *La Réparation du Préjudice* p. 28.

(3) Laurent, t. 16. n° 337.

(4) Un arrêt de la Cour d'Appel de Bordeaux du 18 mai 1892 (D. P. 93.2.119) adopte cette théorie, mais il est resté isolé.

que le laisser pour compte, comme tant d'autres, est, en dehors de la loi, une création jurisprudentielle. L'article 1184 s'applique parfaitement dans les rapports d'acheteur à vendeur, si la chose ne répond pas aux conditions du contrat. L'acheteur peut réclamer la résolution du contrat, c'est-à-dire la remise des choses dans l'état antérieur, comme s'il n'était jamais intervenu de convention entre l'acheteur et le fournisseur ; leur situation n'a pas changé ; le fournisseur reçoit somme toute, la chose qui lui a appartenu. On ne peut en dire autant en cas de transport fait par un autre que le fournisseur. En appliquant le laisser pour compte, la situation du destinataire ne change évidemment pas ; pour lui, c'est comme s'il n'y avait pas eu de contrat. Mais il n'en est pas de même pour le transporteur ; il va prendre la place du vendeur, comme si c'était lui qui assumait les deux engagements, du fournisseur et du voiturier. Peut-on dire que le laisser pour compte remet les choses dans l'état antérieur au contrat, et que la situation du voiturier n'a pas changé ?

D'autres auteurs rattachent le laisser pour compte à la théorie des dommages-intérêts. Parmi eux, M. Planiol (1) considère le laissé pour compte comme une pratique illégale ; « les dommages-intérêts accordés au créancier, sont toujours fixés en argent ; c'est une vieille règle qui n'est pas exprimée par le Code, mais qui est sous-entendue ». Par contre, M. Bedarride (2) juge la pratique comme parfaitement légale, car la loi n'étant pas entrée dans les détails de l'allocation des dommages-intérêts, les tribunaux peuvent

(1) Planiol, t. 2, n° 224.

(2) Bedarride : Des Chemins de fer, t. 2. N° 512.

ordonner une mesure qui n'empire en rien la position du voiturier : « les dommages-intérêts auxquels ils seraient condamnés doivent indemniser du préjudice total. Or c'est le résultat qu'atteint forcément le laisser pour compte. Il est vrai que le voiturier, ou le commissionnaire paiera le prix intégral de la chose. Mais il disposera de celle-ci et retirera le prix qu'elle peut encore valoir. Il ne perdra donc que la différence entre le produit de la vente et le prix qu'il a payé, et cette différence il serait bien obligé d'en tenir compte. C'est en effet cette différence que la Cour de Paris mettait à la charge du voiturier, et dont elle confiait la détermination à des experts ; le laisser pour compte a au moins cet avantage d'économiser les frais de cette expertise et de substituer la vérité à une appréciation qui, purement arbitraire, peu rester en dessous, ou aller au delà du préjudice réel ». Sans contester le fait que le laisser pour compte opère dans bien des cas comme une simplification dans les comptes indemnitaires, nous pensons qu'il ne faut le rattacher à la théorie des dommages-intérêts. Cela étant d'autant plus vrai que la Jurisprudence peut accorder en sus du laisser pour compte, une somme d'argent à titre de dommages-intérêts, fixée suivant la formule des articles 1149 et 1150. Querelle de mots dira-t-on ; pas forcément... Les dommages-intérêts suivent d'autres règles d'évaluation qui se trouvent dans le Code ; le laisser pour compte, faute de texte permet au juge de faire obtenir au créancier une exécution plus exacte, plus parfaite se rapprochant de l'exécution en nature, et que les simples dommages-intérêts ne réalisent pas. Certes, le créancier recevra de l'argent, comme au cas de dommages-intérêts, mais le montant de cette somme ne sera pas uni-

quement la traduction du préjudice subit, bien au contraire, le moyen pour lui de se procurer ce à quoi il avait droit, si le transport malheureux n'avait pas eu lieu. La généralité des articles 1143 et 1144, dont la Jurisprudence s'est servi avec beaucoup de résultats comme nous le vîmes dans le chapitre précédent, lui a permis, une fois de plus, de créer une théorie, parmi beaucoup d'autres propres à elle, pour réussir dans le but que doit se proposer tout interprète de la loi : l'exécution la plus stricte des obligations.

Les nombreuses décisions que nous avons examinées nous ont permis de constater avec combien de mesure la Jurisprudence a employé le laisser pour compte, combien exagérées sont les critiques qu'on lui a adressées, et combien justifiée est la confiance qu'on lui a faite.

SECTION II

La réparation matérielle.

Le problème de la réparation matérielle, s'est surtout posée en matière de transports, dont le grand développement de nos jours a fait accroître la multitude des difficultés d'ordre juridique. Une compagnie de chemin de fer ayant transporté des objets dans de mauvaises conditions, la question est de savoir si elle peut être forcée à procéder elle-même à la réparation des objets avariés en cours de route, de façon à les rendre au destinataire dans un état se rapprochant de celui primitif.

A. — La *Jurisprudence* qui, nous l'avons vu, s'était montrée assez favorable aux intérêts du destinataire, lorsqu'il s'agissait d'appliquer le laisser pour compte, a adopté une attitude très réservée lorsqu'il s'est agit d'obliger le voitu-

rier à réparer lui même les objets avariés par sa faute. Les juges n'ont pas voulu sans doute que les compagnies de chemin de fer « qui déjà se sont faites hôtelières malgré les Syndicats professionnels d'Hôtellerie » puissent « créer d'immenses ateliers de construction pour faire des réparations de mobiliers ou bien pour faire de la manutention de liquides, pour soigner du vin qui serait devenu malade, à la suite du transport. Où seraient les limites de telles activités absolument étrangères à la destination même des Compagnies de transport » (1). Ces considérations n'ont pas eu le don d'émouvoir outre mesure les juges consulaires qui se sont montrés favorables aux intérêts du destinataire. Ainsi le Tribunal de Commerce de la Seine, par jugement en date du 18 juillet 1885 (2), a déclaré que la Compagnie « sera tenue de livrer en bon état les vingt-trois wagons à elle remis, sinon à lui en payer la valeur ». Il s'agit là de wagons dont la réparation est un fait courant pour les Compagnies, mieux en mesure que le destinataire pour procéder à la réparation. Mais le Tribunal de Commerce de Bourges, le 13 mai 1886 (3), a ordonné « que dans le mois du présent jugement, la Compagnie sera tenue de faire réparer les cageots de D... et de les lui rendre en bon état, sinon elle sera contrainte à lui payer la valeur suivant le prix des factures ». Nous voyons là que la réparation matérielle est, aux yeux des Tribunaux de Commerce, comme une demi-mesure, avant de passer à un mode de réparation plus onéreux qu'est le laisser pour compte. Le Tribunal

(1) Cassin : Cours de Droit Civil approfondi années 1934-1935 p. 347.

(2) Journal des Trib. de Com. 1888.258.

(3) P. F. 1886.2.165.

de Commerce d'Eu et de Tréport, par jugement en date du 17 juin 1913 (1), a obligé la Compagnie du Nord à effectuer la remise à l'état de neuf d'un moteur, en appuyant sa décision sur les textes de la loi : « attendu que si l'article 1142 du Code Civil stipule que toute obligation de faire ou de ne pas faire se résoud en dommages-intérêts, il ne faut pas en conclure que ce mode de réparation est exclusif de tout autre, que du reste l'article 1144 du même Code stipule de son côté que le créancier peut aussi, en cas d'inexécution, être autorisé à faire exécuter lui-même au dépens du débiteur ». Les Cours d'Appel se sont élevées contre cette façon de faire intervenir l'article 1144. Le 24 mars 1887, la Cour de Paris (2) a réformé le jugement du Tribunal de la Seine précité, et la Cour d'Appel de Rouen par arrêt en date du 28 février 1914 (3) celui du Tribunal d'Eu et dans ce dernier arrêt nous voyons intervenir, en dehors des arguments de textes, les considérations de fait qui l'ont déterminée : « attendu que ce qui dans l'espèce a été sollicité et obtenu... n'est pas l'exécution par un tiers d'un travail de pratique courante que l'appelant n'aurait qu'à payer, mais bien la mise à la charge de celle-ci de la réparation d'un appareil spécial sous la direction de sa responsabilité, qu'avec raison la Compagnie objecte que ses obligations ne comportent d'autre sanction que l'indemnité dans les termes de l'article 1142 du Code Civil, qu'elle ne saurait être tenue à une intervention personnelle absolument en dehors de

(1) Journ. des Trib. de Com. 1915.791. voir aussi Seine 15 avril 1920 (B. A. 1923.144).

(2) Journ. Trib. Com. 1888.258.

(3) Journ. Trib. Com. 1915.791.

son industrie et de ses moyens d'action, pour faire remettre en état des objets de nature infiniment variée, dont la détérioration fréquente est fatalement inévitable ; qu'il n'est pas douteux en effet que la solution du Tribunal se heurte à des impossibilités pratiques ; qu'elle aggraverait les risques du transporteur, et aboutirait, si elle était maintenue, à de graves abus ».

Plus récemment, la Cour d'Appel de Paris, par arrêt du 14 février 1922 (D. P. 1922.2.38), a posé le problème uniquement sur le terrain légal de l'article 1142. Il s'agissait dans l'espèce d'un wagon appartenant à un particulier qui avait été endommagé au cours d'un transport. La Cour avait ordonné la réparation du wagon sous une astreinte de 50 francs par jour jusqu'à la livraison pour le motif « qu'aux termes d'une doctrine et d'une jurisprudence constante, le créancier d'une obligation de faire peut demander en justice l'exécution en nature, et que le débiteur doit offrir cette exécution pour que ces offres soient satisfactoires ; que d'autre part le débiteur n'a pas à se faire juge de l'opportunité de l'exécution en nature ». Pourvoi en Cassation par l'Administration des Chemins de fer de l'Etat pour violation entre autre des articles 1134, 1142 du Code Civil, admis par arrêt de la Chambre Civile du 19 juin 1926 (D. H. 1926.115) « attendu, dit cet arrêt, que si aux termes de cet article (article 1142 C. C.) l'obligation de faire ou de ne pas faire se résout en dommages-intérêts en cas d'inexécution de la part du débiteur, il résulte des dispositions suivantes, que le créancier a néanmoins le droit de réclamer l'exécution en nature, chaque fois qu'il y a possibilité de l'imposer ; qu'en pareil cas, le juge du fonds doit justifier la condam-

nation par la constatation d'une obligation susceptible de cette exécution ». Or, en vertu de cette dernière phrase, la Cour Suprême constate que l'arrêt de la Cour d'Appel de Paris « ne spécifie pas les réparations dont elle ordonne l'exécution en nature et ne recherche pas si elles étaient de celles qui sont imposées aux Compagnies de chemin de fer, par le tarif spécial » qui lui seul régit l'obligation de réparer un wagon qui « ne dérive pas de la responsabilité incombant à la Compagnie, à la suite de l'avarie survenue pendant le transport ». Ce ne sont donc pas les principes généraux, auxquels l'arrêt attaqué s'était borné de rattacher sa décision, qui permettent à eux seuls d'ordonner la réparation de la chose transportée, mais le tarif spécial auquel le juge aurait dû se référer, et rechercher si la réparation d'espèce y figurait. C'est en se conformant à cette règle, que la Cour d'Orléans désignée comme Cour de renvoi a ordonné par arrêt du 18 octobre 1927 (*Gaz. Pal.* 1927. 2.974) la réparation du wagon, les avaries constatées étant de celles qui figuraient au tarif spécial. Cette jurisprudence veut donc dire que l'article 1142 est insuffisant pour faire déclencher le droit d'exiger la réparation en nature ; que cela n'est possible qu'en vertu d'une clause spéciale, dont l'existence ne saurait d'ailleurs être contraire à l'esprit de l'article 1142, tel qu'elle l'envisage.

Un arrêt de la Chambre Civile du 4 juin 1924 (S. 1925.1. 97) illustre le refus de la jurisprudence d'appliquer la réparation matérielle « attendu, dit-il, qu'aucune disposition légale n'autorise les tribunaux à condamner une partie en réparation d'un dommage causé par elle à exécuter un acte qui ne lui est imposé ni par une convention, ni par la loi,

alors qu'elle refuse de l'accomplir » le principe est formel : faute de texte, et de clause spéciale, pas de réparation en nature.

B. — La *Doctrine* est divisée. Pour M. Josserand (1) « vainement la victime du dommage de l'avarie émettrait-elle la prétention de faire condamner le voiturier à procéder lui-même à la réparation des objets endommagés au cours du transport ; ce mode d'indemnisation est à rejeter, soit à raison du principe écrit dans l'article 1142 du Code Civil, soit parce qu'aucune disposition légale n'autorise les Tribunaux à y recourir ». Mais, par contre, selon MM. Lyon-Caen et Renault (2) : « l'absence de toute disposition restrictive dans la loi doit aussi faire admettre que le voiturier peut soit sur sa demande, soit sur celle de l'expéditeur ou destinataire, être condamné, en cas d'avaries, à réparer l'objet transporté. Il y a là encore un moyen possible, dans quelques cas exceptionnels, de faire disparaître le dommage causé ». M. Marcille, tout en reconnaissant que sur le terrain légal la réparation en nature ne trouve pas d'appui solide, se prononce, pour des considérations de fait, pour son utilisation modérée : « la réparation matérielle n'est pas au demeurant une mesure d'une nature tellement différente du laisser pour compte, et la raison produite contre elle par la Cour de Rouen d'impossibilités pratiques, de l'aggravation des risques du transporteur, de la crainte

(1) Les Transports N° 614 ; *id.* Meigne : Responsabilité et Contrat page 110.

(2) Dr. Commercial t. 3. N° 617 ; même sens ; Roger : Transports t. 1. N° 242,

d'abus pourrait conduire seulement à laisser aux Tribunaux, un large pouvoir d'appréciation pour en éviter les excès » (1). Et plus loin, M. Marcille ajoute : « que dans certains cas on puisse, comme l'exprime des décisions que nous avons rappelées en matière de transport, reculer devant une véritable impossibilité pratique, peut-être. Ce n'est pas là motif suffisant pour en jamais ordonner une réparation qui, constitutive d'exécution en nature, n'est après tout que la suite logique de l'exécution ».

Revenons à la Jurisprudence, et demandons-nous quels ont été les motifs qui l'ont déterminé à rejeter le principe de la réparation matérielle. Examinons d'abord les considérations de fait. La Jurisprudence n'a pas voulu, comme le dit M. Cassin, imposer aux Compagnies une trop lourde charge d'entretenir des ateliers de réparation d'objets de toute nature. C'est, certes là, un argument qui n'est pas à négliger, mais, il n'est pas déterminant et ne s'applique pas dans tous les cas. En effet, nous avons vu des décisions refusant la réparation de wagons, alors que les Compagnies sont outillées pour ce genre de réparation, mieux que tout particulier. N'est-il pas plus onéreux et encombrant pour les Compagnies de chemin de fer de leur laisser pour compte des marchandises étrangères à leur destination et les forcer d'avoir des entrepôts et des services de vente ? Evidemment, pour des objets qui n'ont rien de commun avec l'exploitation du transporteur, il serait exagéré de l'obliger à réparer lui-même ou à le faire réparer par un tiers à ses frais. Il est plus simple et plus conforme aux intérêts du créancier, que

(1) Marcille : *Op. cit.* p. 103.

ce soit ce dernier qui s'en occupe, bien entendu, pour le compte de la Compagnie, qui aurait dans ce cas à payer la réparation, sous forme de dommages-intérêts. La réparation sera mieux faite, et les frais en cas de contestation seront contrôlés par les Tribunaux.

M. Hugueney se montre plus favorable pour le créancier : « la réparation en argent peut convenir aux époques où marchandises et main-d'œuvre affluent pareillement sur le marché, où les prix sont stables et faciles à déterminer. Quand ces circonstances font défaut, comme il est arrivé pendant la guerre, et même encore après la guerre, la réparation en nature retrouve sa raison d'être et, logiquement, mérite de reconquérir sinon toute la place, au moins une partie de la place qu'elle tenait aux temps primitifs, sous la régime dit de l'économie fermée » (1).

Sur le terrain des textes, l'arrêt de 1924 précité fait intervenir l'article 1142 du Code Civil, suivant lequel il n'est dû, en cas d'inexécution d'une obligation de faire, que des dommages-intérêts. M. Cassin trouve que le refus de réparer est conforme à cet article, car, dit-il (2), « s'il y a eu finalement inexécution, et c'est ce qui se passe quand il y a eu avarie de la marchandise transportée, l'article 1142 retrouve toute sa force et ce sont des dommages-intérêts qui sont dûs ». Nous pensons au contraire, que l'article 1142, n'empêche pas en principe l'application de la réparation matérielle. Dans le contrat de transport, il y a une obliga-

(1) Note au Sirey 1925. I. p. 97 et 98.

(2) *Op. Cit.* p. 346.

tion principale, l'obligation de transporter, qui est une obligation de faire, et une autre obligation accessoire à la première, de même nature, qui est l'obligation de transporter en bon état. Si pour la première, l'obligation de transporter, il y a inexécution dûe par exemple au refus du transporteur, il y a là inexécution complète du contrat tout entier, mais non pas impossibilité d'exécution. Le circuit des actions est possible : exécution forcée directe, sous peine d'astreinte ; exécution en nature par changement de débiteur, et à défaut exécution par équivalent. Pourquoi ne pas raisonner de la même manière pour la seconde, l'obligation de transporter en bon état. Réparation en nature sous peine d'astreinte, si cela est possible, sinon, et c'est là qu'interviennent les considérations d'ordre pratique, dont nous avons parlé, et laissées à l'appréciation des juges ; exécution conformément à l'article 1144, et finalement exécution par équivalent, si celle prévue par cet article ne peut s'appliquer, ce qui sera évidemment très rare. Il ne viendrait à personne l'idée de demander la réfection d'un tableau qui a été détérioré au cours d'un transport, mais quel inconvénient y aurait-il de forcer une Compagnie de chemin de fer à réparer un wagon qui s'est trouvé endommagé de par sa faute, en circulant sur son réseau ? (1).

Nous concluons donc que, si l'avarie d'un objet transporté crée une inexécution sur laquelle par la forme même des choses l'on ne peut revenir, elle ne crée pas une impossi-

(1) Cela d'autant plus qu'en matière de responsabilité délictuelle la Jurisprudence refuse d'appliquer l'article 1142, et consacre le droit pour le créancier d'exiger la réparation matérielle. Voir en ce sens *Cas. Req.* 6 juin 1890 (S. 1900.1.516) ; *Appel Bruxelles*, 29 juin 1904 (P. B. 1905.2.17).

bilité juridique de réparation matérielle, ni même à priori, une impossibilité de fait ; que, suivant les cas, les juges auront le droit si cela est possible, et c'est là question de mesure, d'obliger le voiturier à réparer lui-même, ce à quoi il a contrevenu.

CONCLUSION

A la question posée dans notre Introduction : « le juge arrivera-t-il à renverser la règle de l'article 1142 », nous pouvons maintenant répondre affirmativement.

En effet, nous avons vu que pour l'exécution forcée directe, le juge était arrivé dans bien des cas à forcer le débiteur défaillant à remplir ses engagements. Ne pouvant user avec efficacité de la *manus militaris*, les tribunaux ont inventé un moyen de contrainte beaucoup plus souple, l'astreinte, qui dans leur lourde tâche leur rendit bien des services. Si le contrat s'y prête, les tribunaux en interprétant largement les articles 1143 et 1144 du Code Civil, ont accordé dans de nombreuses circonstances satisfaction au créancier.

L'article 1142 n'existant pas, ou son texte étant le contraire de ce qu'il est, la Jurisprudence serait-elle allée plus loin ? Nous ne le pensons pas. En effet, que reste-t-il du texte de l'article 1142 ? Guère que cette idée que l'exécution forcée est écartée toutes les fois qu'il y a impossibilité, soit matérielle, soit morale, ce qui arrive le plus souvent dans les contrats conclus « *intuitu personae* » et pour ceux où, par la force même des choses, l'autorité judiciaire est impuissante. Prenons maintenant les articles 1143 et 1144 du Code Civil, qui posent comme principe l'exécution en nature par un autre que le débiteur primitif. Cette règle ainsi nettement affirmée par la loi, a-t-elle été appliquée dans tous les cas par la Jurisprudence ? Evidemment non... Elle

s'est arrogé le même droit de contrôle et d'appréciation comme elle l'a fait pour l'article 1142, et a apporté, à peu de chose près, les mêmes exceptions.

Reste une objection : dans certains cas, l'article 1142 a empêché la Jurisprudence d'admettre certaines théories, qui, suivant la voie dans laquelle elle s'était engagée, paraissaient être la suite normale, comme par exemple la réparation matérielle, pendant du laisser pour compte. Elle a profité de la rédaction défectueuse de l'article 1142, derrière lequel elle s'est retranchée, toutes les fois qu'elle jugeait bon de rejeter les prétentions du créancier. C'est évidemment là une lacune dans le développement progressif de la Jurisprudence.

Néanmoins, on peut affirmer, sans crainte d'exagération, que la Jurisprudence, en utilisant le circuit : exécution forcée directe, exécution en nature, exécution par équivalent, est arrivée à une exécution du contrat, aussi exacte que possible. En redonnant le véritable sens d'un article, elle a exécuté elle-même son obligation, qui est celle de veiller au maintien des engagements pris, au respect des liens contractuels.

Paris, le 30 Mars 1936.

Le Président,
NIBOYET.

Vu : Pour le Doyen :

L'Assesseur,
G. RIPERT.

Vu et permis d'imprimer.

Le Recteur de l'Académie de Paris.

Pour le Recteur :

L'Inspecteur de l'Académie,
J. PERRON.

TABLE DES MATIÈRES

	Pages
BIBLIOGRAPHIE	9
ABRÉVIATIONS	12
INTRODUCTION	13

PREMIÈRE PARTIE : Le principe.

CHAPITRE UNIQUE.

SECTION I : <i>Aperçu historique de l'exécution des obligations contractuelles</i>	17
A. — Droit Romain	17
B. — Moyen Age	20
C. — Code Civil	23
SECTION II : <i>Examen doctrinal</i>	24
SECTION III : <i>Effets du Principe</i>	33
A. — Droit des parties	34
B. — Pouvoirs et rôle du juge	36

DEUXIÈME PARTIE : Applications du principe.

CHAPITRE I : EXÉCUTION FORCÉE DIRECTE.

SECTION I : <i>Contrats ayant un objet purement matériel</i>	41
A. — Obligation de donner; de livrer	41
B. — Obligation de faire	44
C. — Obligation de ne pas faire	52
SECTION II : <i>Contrats fondés sur l'intuitus personae</i>	56
A. — Contrats de l'artiste	56
B. — Société, association, syndicat	59
C. — Mandat	60
D. — Obligation alimentaire	60
SECTION III : <i>Contrainte sur la volonté : les astreintes</i>	61

CHAPITRE II : EXÉCUTION EN NATURE.

SECTION I : <i>Contrats ayant un objet corporel fongible ; exécution en nature par changement de débiteur</i>	69
A. — Obligation de donner, de livrer	76
B. — Obligation de faire	78
C. — Obligation de ne pas faire	81
SECTION II : <i>Contrats ayant un objet incorporel ; l'accomplissement d'un acte juridique</i>	83
§ 1. — <i>Actes juridiques ordinaires</i>	86
A. — Promesse de vente	86
B. — Promesse d'achat	88
C. — Pacte de préférence	89
D. — Promesse de bail	90
§ 2. — <i>Actes juridiques conclus intuitu personnae</i>	91
A. — Promesse de société	92
B. — Contrat de travail	93
C. — Clause compromissoire	94
D. — Nomination d'expert	97
§ 3. — <i>Actes juridiques solennels</i>	99
A. — Cession d'offices ministériels	100
B. — Promesse d'hypothèque	101
CHAPITRE III : EXÉCUTION EN NATURE DÉRIVÉE.	
SECTION I : <i>Le laisser pour compte</i>	103
A. — Application par la Jurisprudence	105
B. — Nature juridique ; justification légale	110
SECTION II : <i>La réparation matérielle</i>	116
A. — La Jurisprudence	116
B. — La Doctrine	121
CONCLUSION	126

